Die durch Nießbrauch verstärkte Hypothek einer Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

in ihrem rechtlichen Bestande bei Veränderungen dieser Gesellschaft.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staats-wissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Martin Winzerling

Kammergerichtsreferendar aus Berlin.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Berlin 1911.

W. Blankenfeldt, Buchdruckerei, Berlin N.W. 5, Birkenstraße 60.

Referent: Professor Dr. E. Mayer.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsübersicht.

Einleitung:

Plan der Darstellung . . . . . § 1.

Hauptteil:

Abschnitt 1. Ueber die Möglichkeit der Zugehörigkeit eines Hypotheken- bezw. eines Nießbrauchsrechtes zu dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

1. Zugehörigkeit eines Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes zum Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach der materiellrechtlichen Seite. . . . . § 2.
2. Zugehörigkeit eines Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes zum Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach der formellrechtlichen Seite . . . . . § 3.

Abschnitt 2. Ueber die Möglichkeit der gleichzeitigen Bestellung eines Hypotheken- und eines Nießbrauchsrechtes für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. . . . . § 4.

Abschnitt 3. Eintritt neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

1. Möglichkeit des Eintritts neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts . . . . . § 5.
2. Uebergang des Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die durch den Eintritt neuer Gesellschafter veränderte Gesellschaft . § 6.

Abschnitt 4. Umwandlung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft.

1. Rechtliche Gestaltung des Ueberganges der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft . . . . § 7.
2. Uebergang des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die offene Handelsgesellschaft . . § 8.

Abschnitt 5. Das Ausscheiden der Gesellschafter aus der nunmehrigen offenen Handelsgesellschaft bis auf einen.

1. Bedeutung des Ausscheidens von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft und Fälle des Ausscheidens . . . . . § 9.
2. Uebergang des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die durch das Ausscheiden von Gesellschaftern veränderte offene Handelsgesellschaft . . . . . § 10.
3. Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft und Uebergang des Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes in das Vermögen des Uebrigbleibenden . . . . . § 11.

Schlußbetrachtung . . . . . § 12.

Literatur.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen mit Kommentar und systematischer Uebersicht über das materielle Grundbuchrecht, Berlin 1901.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechtes, Berlin 1895.

Affolter, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechtes, Leipzig 1903.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828.

Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden, herausgegeben von Loßnitzer und Kurtz, Bd. 23, Leipzig 1902, Bd. 24, Leipzig 1903, Bd. 25, Leipzig 1904.

Anschütz, Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 2, Erlangen 1870 in: Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Maximilian II., herausgegeben von Pözl u. a.

Archiv für zivilistische Praxis von Bülow-Degenkolb u. a., Bd. 30, 63 und 91.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Oertmann und Ring, Bd. 2, 5, 7, 19, 20, 28.

Beckmann und Seydel, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 36, neue Folge Bd. 17, München und Leipzig 1894.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1, Berlin und Leipzig 1886.

Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin und Leipzig 1910.

Beseler, Handelsrecht im: System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 2, 4. Aufl., Berlin 1885.

Beyer, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Marburg 1905.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, erläutert von Johannes Biermann, Berlin 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3, Leipzig 1905.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., herausgegeben von Dahn, München 1864.

„ Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2. Teil, Zürich 1839.

Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Hannover 1900.

„ Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig 1891, Bd. 11.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts, fortgesetzt von Endemann, Heidelberg 1853—1860.

Bulk, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Rostock, Dissertation 1903.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 4 Aufl., Jena 1903, Bd. 2, 4. Aufl., Jena 1904.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. 1 und 2, 7. Aufl., Stuttgart 1910.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Tübingen und Leipzig 1900, Bd. 2, Tübingen und Leipzig 1902, Bd. 3, Tübingen 1905.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1875.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, Bd. 2, Die Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Halle a. S. 1906, Bd. 3, Das Sachenrecht, 4. Aufl., Halle a. S. 1908.

Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1901, Bd. 2, 7. Aufl., Berlin 1903.

„ Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 1. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, 5. Aufl., Halle 1894.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, Leipzig 1864.

Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte, 2. Aufl., Heidelberg 1868.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub, 5. Jahrgang 1900; 7. Jahrgang 1902; 9. Jahrgang 1904; 11. Jahrgang 1906.

Ehrenberg, Der Gesellschaftsvertrag, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 4, 3. Aufl., Jena 1909, S. 725 ff.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin 1903; Bd. 2, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

Endemann W., Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. 1 und 2, Leipzig 1882.

Enneccerus, (früher mit Jaeger, jetzt Enneccerus-Kipp-Wolff), Bd. 1, 4. und 5. Aufl. 1909; Bd. 2, 4. und 5. Aufl. 1910.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 2, 6, 9, 11, 12, 17, 20, 25 und 26.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 3, 5, 7, 14, 16, 24, 25, 26, 27, 28, 31, 36, 37, 39, 43, 44, 47, 48, 49, 54, 56, 57, 60, 64, 65, 67, 68.

Entscheidungen des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, herausgegeben von Freytag, Schultzenstein u. a., Bd. 31 und 41.

Fick, Der Konkurs der Kollektivgesellschaft, Zürich 1835.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 8 Aufl., München 1909.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Band 3, 7. Aufl., Berlin 1896.

Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter. 1. Abteilung: Das Engagement und sein Verhältnis zur sogenannten älteren Satzung des deutschen Rechts, Berlin 1879.

Fuchs, Grundbuchrecht, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen und zur Grundbuchordnung, Bd. 1. Fuchs, Materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902; Bd. 2, Fuchs-Arnheim, Formelles Grundbuchrecht, Berlin 1902—1908.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, Berlin 1909, 8. Aufl.,

Geller, Oesterreichische Justizgesetze, Bd. 1: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch samt einschlägigen Novellen, Wien 1900.

Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht, 2. Heft, Berlin 1852.

Gerber, Gesammelte juristische Abhandlungen, Bd. 1, Jena 1872.

Gesetzsammlung für das Fürstentum Lippe-Detmold, 4. Bd., 1858—1860.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 und 2, Leipzig 1895 und 1905, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 2. Abteilung, 3. Teil.

„ Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

„ Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889. Vermehrte Ausgabe.

„ Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889.

„ Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 1.

„ Die soziale Aufgabe des Privatrechtes, Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Wien, Berlin 1889.

„ Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach heutigem Rechte, 2. Aufl. 1902.

Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, 14. Teil, 1. Abteilung, Erlangen 1813.

Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse. Eine Untersuchung aus dem römischen Sachenrecht, Halle 1869.

Goesch, Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Göttinger Dissertation, 1900.

E. Goldmann und L. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch; systematisch dargestellt, Bd. 1, Berlin 1903; Bd. 2, 1.—4. Abteilung, Berlin 1905—1908.

Samuel Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 16. Mai 1887, Bd. 2, Berlin 1901—1905.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt, herausgegeben von Lehmann und Keyßner, Bd. 6, 7, 8, 10, 14, 15, 22, 24, 25, 30, 31, 32, 45, 49, 50, 51 und 59.

Goldschmidt, Kritik des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, Heidelberg 1851, Bd. 1.

Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes, Marburg 1901.

Gries-Westphalen, Kommentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603, Bd. 1, Hamburg 1837.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, herausgegeben von S. Rossow, Küntzel und Eccius, Bd. 37, 38, 39 und 45.

Grünhut, Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart, Bd. 5 und 13.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, Bd. 1 und 2, Berlin 1905.

Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl., Jena 1901.

Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 1879.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte nach dem deutschen Reichsrecht, insbesondere unter Berücksichtigung des Handelsgesetzbuches, Leipzig 1899.

„ Anspruch und Klagerecht, ein Beitrag zum bürgerlichen Prozeßrecht, Jena 1900.

Hensler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig 1886 in Bindings systematischem Handbuch der Rechtswissenschaft.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuches, München 1900.

Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 16. Jahrgang 1907.

von Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts, 3. Aufl. von Kuntze, Leipzig 1864, Bd. 2.

Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. 4, Basel 1893.

Ihering, Jahrbücher für Rechtswissenschaft, herausgegeben von Unger, Strohal, Fischer und Gierke, Bd. 16, 25, 29 und 38.

Jastrow, Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des Kammergerichts in Angelegenheiten der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1895.

Johow und Ring, (früher Johow und Küntzel) Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Bd. 4, 9, 11, 13, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28 und 34.

Juristisches Literaturblatt, herausgegeben von Kober, Affolter u. a., Bd. 14.

Juristische Monatsschrift für Posen, West-, Ostpreußen und Pommern, Jahrgang 1901 und 1906.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Dr. Hugo Neumann, Jahrgänge 1889, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1905, 1906 und 1908.

Keller, Notariatszeitschrift für Elsaß-Lothringen, Jahrgang 1900, Heft 2 und 3.

Keyßner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, 1870.

Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht und die württembergischen Ausführungsbestimmungen, 2. Aufl., Stuttgart 1905.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1901, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 7.

Köllner, Der Uebergang des preußischen Praktikers in das deutsche Grundbuchrecht, Berlin 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 und 2, Berlin 1906.

„ Pfandrechtliche Forschungen, Jena 1882.

„ Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Leipzig 1908.

„ Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1885.

Kopp, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Erlanger Dissertation 1902.

Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 10, Heft 1.

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht, Bd. 2, Leipzig 1903.

„ Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1906.

Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, in der Festgabe der Juristenfakultät Halle für Dernburg 1900.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.

Lehmann und Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1902.

Lutz, Protokolle zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, Würzburg 1861.

Lobe, Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Bd. 1, 2, 7 und 8.

Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1906, 2. Aufl.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, bearbeitet von F. Makower, Bd. 1, Berlin 1906, 13. Aufl.

Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Berlin 1910.

Maurenbrecher, Die Rheinpreußischen Landrechte, Bd. 1, Bonn 1830. Bd. 2, Bonn 1831.

von Meibom, Das deutsche Pfandrecht, Marburg 1867.

„ Das mecklenburgische Hypothekenrecht, Leipzig 1871.

Meißner, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 1. Buch, Breslau 1898.

Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1901.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, amtliche Ausgabe Bd. 2 und 3.

Mügel, Die preußischen Kostengesetze, 5. Aufl., 1907.

Mugdan und Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 und 15.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, ein Beitrag zum neudeutschen Gesellschaftsrechte, im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, herausgegeben von Hoffmann, Sommerlatt und Wulffert, Bd. 10, Leipzig 1900.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 5. Aufl., 1909.

Niedner, Das Einführungsgesetz vom 18. August 1896, 2. Aufl., Berlin 1903.

Oberneck, Die preußischen Grundbuchgesetze unter Berücksichtigung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1896.

„ Das Reichsgrundbuchrecht, Bd. 1 und 2, Berlin 1909.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Buch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1908.

„ Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906. (Neuerdings 3. Aufl., Berlin 1910.)

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, bearbeitet von Achilles, André u. a., Bd. 1, 3. Aufl., Berlin 1903; Bd. 2, Berlin 1907; Bd. 3, Berlin 1906.

Predari, Die Grundbuchordnung, Berlin 1900—1907.

Protokolle für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben von Achilles, Gebhardt und Spahn.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel, Jahrgang 1902, 1903 und 1905.

Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893, in Bindings systematischem Handbuch der Rechtswissenschaft.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Leipzig 1875.

„ Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881.

Reyscher, Das gemeine und württembergische Privatrecht, Bd. 3, Tübingen 1848.

Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Berlin 1909.

Roth, Bayrisches Zivilrecht, Bd. 2, Teil 2 von Becker, 2. Aufl., Tübingen 1898.

Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen, Leipzig 1863.

Schönberner, Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, Rostocker Dissertation 1900.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche, 2. Aufl., Berlin 1904, in: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen, Abschnitt 4.

Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902.

Seinsch, Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft, Rostocker Dissertation 1901.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 20, 31, 33, 54, 56 und 60.

„ Praktisches Pandektenrecht, 4. Aufl., Würzburg 1860.

von Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland, Erlangen 1872.

Siebenhaar, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Bd. 15, Leipzig 1866.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1838.

Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches in: „Drei Beiträge zum Bürgerlichen Gesetzbuch", Heinrich Degenkolb dargebracht, Leipzig 1905.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., bearbeitet von Könige, Stranz und Pinner, Berlin 1906, Bd. 1.

Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetze über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., 1909.

von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1 von Löwenfeld, 3. und 4. Aufl., München 1907; Bd. 2, 3. und 4. Aufl., von Kuhlenbeck und Kober, München 1908; Bd. 3 von Kober, 5. und 6. Aufl., München 1910.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 2, 3. Aufl., 1896 und 1897.

von Seeler, Das Miteigentum nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Halle a. S. 1899.

Thöl, Das Handelsrecht, Bd. 1, 6. Aufl., 1879.

Tochtermann, Beiträge zur Erläuterung des § 313, Hannover 1902.

Türke-Niedenführ und Winter, Das Bürgerliche Gesetzbuch für den Handgebrauch in der Praxis zusammengestellt und erläutert, 2. Aufl., Bd. 1 und 2, Leipzig-Berlin-Stuttgart, 1908, 1909.

Trenkner, Einzelne Schuldverhältnisse in: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch, Sonderabdruck aus dem Sächsischen Archiv.

Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. Bd. Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Bd. Die Grundbuchordnung, 2. Aufl., Paderborn 1906.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1863.

Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, Leipzig 1885, in Bindings systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.

Wächter, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 1, 1. Abteilung: Geschichte, Quellen und Literatur des württembergischen Privatrechts, Stuttgart 1839.

Wengler, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, Dresden, 3. Aufl.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Reichsgrundbuchordnung, Ausgabe für Preußen. Berlin 1904.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 und 2, 9. Aufl., bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1906.

Zachariae, von Lingenthal und Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, 8. Aufl., 1894, Bd. 2.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Rudorff, Bruns, Roth u. a., Bd. 10.

Einleitung.

§ 1.

Plan der Darstellung.

Bei der Behandlung der Frage des Themas bedarf es zunächst einer Erörterung darüber, ob ein Immobiliarrecht, wie das Hypotheken- und Nießbrauchsrecht, überhaupt Bestandteil des Vermögens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sein kann und ferner, in welcher Weise formellrechtlich — im Grundbuch — die Zugehörigkeit eines solchen Rechtes an einem Grundstück zum Vermögen der Gesellschaft zur Geltung kommt. Des weiteren wird auf die Frage einzugehen sein, ob einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, zu deren Gunsten bereits ein Hypothekenrecht im Grundbuch eingetragen ist, eine weitere dingliche Sicherung noch dadurch gewährt werden kann, daß ihr der Nießbrauch an dem Grundstück eingeräumt wird. Nach dieser Prüfung der gültigen Entstehung der im Thema erwähnten Rechte bleibt zu betrachten, welche Wirkungen die Veränderungen, die die Gesellschaft erleidet, auf die zu ihrem Vermögen gehörenden Rechte ausüben, d. h. in welcher Weise diese Rechte auf die veränderte Gesellschaft übergehen.

Abschnitt I.

Ueber die Möglichkeit der Zugehörigkeit eines Hypotheken- bezw. eines Nießbrauchsrechtes zu dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

§ 2.

Zugehörigkeit eines Hypotheken- und Nießbrauchrechtes zu dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach der materiellrechtlichen Seite.

1. Die Hypothek.

Die Bestandteile des Vermögens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestimmt der § 718 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Gesellschaftsvermögen setzt sich zusammen: einmal aus den Beiträgen der Gesellschafter, sodann aus den durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenständen und schließlich aus dem, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird. Eine Hypothek kann also entweder dadurch Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werden, daß sie von den die Gesellschaft bildenden Personen als Beitrag eingebracht wird, oder daß sie als ein durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbener Gegenstand in das Vermögen der Gesellschaft gelangt. Beiträge zu dem Gesellschaftsvermögen können nach § 706 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowohl Sachen und Rechte, als auch Handlungen sein. Mithin kann auch die Hypothek als Immobilarrecht als ein Beitrag in das Gesellschaftsvermögen eingebracht werden. Zweifelhaft ist jedoch, ob die Hypothek auch als ein durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbener Gegenstand Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werden kann. Es entsteht zunächst die Frage: Gehört die Hypothek zu den „Gegenständen" des § 718 des Bürgerlichen Gesetzbuchs?

Der Begriff „Gegenstand" ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch neu in das Rechtsleben eingeführt worden. Während das bisherige Recht, gestützt auf die römisch-rechtliche Unterscheidung der res corporales und res incorporales, den Unterschied von Sachen und Rechten unter dem Oberbegriff der „Sache" betrachtete und infolgedessen die Einteilung in körperliche und unkörperliche Sachen machte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn es auch eine streng durchgeführte Begriffsbestimmung nicht immer zeigt,[1]) doch durch die Definition des § 90, daß Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nur „körperliche" Gegenstände sind, als höheren, über dem Begriff „Sache" stehenden Begriff, den Begriff „Gegenstand" festgelegt. Je nachdem nun einem „Gegenstand" Körperlichkeit zukommt oder nicht, haben wir es mit einer Sache oder mit einem Rechte zu tun;[2]) „Gegenstände" nach heutiger Rechtsauffassung sind also sowohl Sachen als auch Rechte. Diese Ansicht wird heute fast von der gesamten Literatur geteilt, und wenn Sohm[3]) die allgemeine Gültigkeit dieses Satzes bestreitet und als „Gegenstand" im Rechtssinne nur gelten lassen will, was „Gegenstand" eines Verfügungsgeschäftes sein kann, und für die Zugehörigkeit von Rechten zu den Gegenständen das Erfordernis aufstellt, daß sie „durch Verfügungsgeschäft begründet werden können", so kommt diese Abweichung für die Erörterung der vorliegenden Frage nicht in Betracht, da die Hypothek zu dieser Gruppe von Rechten gehört. Aus mehreren Stellen des Bürgerlichen Gesetzbuches geht die Absicht hervor, die Begriffe „Sache" und „Recht" dem höheren Begriff „Gegenstand" unterzuordnen. Angeführt seien als Beispiel die §§ 433 und 434. Der § 433 bestimmt im ersten Satze des ersten Absatzes die Pflicht des Verkäufers bei dem Verkaufe einer Sache. Sie besteht in der Uebergabe der Sache und der Eigentumsverschaffung. Der zweite Satz setzt die Pflicht des Verkäufers bei dem Verkaufe eines Rechtes fest, die in der Verschaffung des Rechts, und wenn das Recht zu dem Be-

---

[1]) Hierauf weist besonders hin Binder, Der Gegenstand, Goldschmidts Z. 59, 1—3.

[2]) Diese Ansicht wird neuerdings gänzlich verworfen von Bekker, Grundbegriffe 4—6, der in dem Begriff „Gegenstand" nur Rechte, d. h. die Beziehungen des Menschen zu den Sachen erblickt und infolgedessen auch den Begriff „körperliche Gegenstände", d. h. Sachen, durch den Begriff „körperliche Rechte" ersetzt wissen will.

[3]) Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des bürgerlichen Rechts, Leipzig 1905 und Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, Arch. Bürg. R. 28, 173 ff.

sitze der Sache berechtigt, in der Uebergabe der Sache besteht, und nun fügt der § 434 als neue Pflicht des Verkäufers und zwar sowohl bei dem Verkaufe eines Rechtes wie einer Sache die Pflicht der Beseitigung von Rechten Dritter hinzu, indem gesagt wird: „Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften „Gegenstand" frei von Rechten Dritter zu verschaffen." „Gegenstände" im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind also auch Rechte, mithin gehört die Hypothek als Immobiliarrecht zu den Gegenständen des § 718.

Des weiteren muß aber die Hypothek „durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft" erworben werden. Die Frage, wann ein Gegenstand als durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben anzusehen ist, ist in der Literatur lebhaft umstritten. Es wird hierbei zu unterscheiden sein, ob bei dem Erwerbe des Gegenstandes die sämtlichen Gesellschafter handelnd auftreten, oder ob der Erwerb nur durch einen als den geschäftsführenden erfolgt. Diese Unterscheidung, die vor allem von Planck [1]) gemacht wird, wird vielfach verworfen. Ganz allgemein wird angenommen, daß es nur auf die Absicht ankomme, für die Gesellschaft erwerben zu wollen; ein Hervortreten dieser Absicht Dritten gegenüber sei nicht notwendig, und der zu erwerbende Gegenstand sei, wenn auch die Gesellschafter im eigenen Namen handelnd auftreten, dennoch Bestandteil des Gesellschaftsvermögens geworden. Vertreten wird diese Ansicht hauptsächlich von Dernburg,[2]) Oertmann,[3]) Enneccerus,[4]) Neumann[5]) und Beyer[6]), und zwar mit der besonders von Oertmann und Enneccerus hervorgehobenen Begründung, daß einmal durch die Annahme, der Erwerb müsse „im Namen" der Gesellschaft erfolgen, in den § 718 etwas hineingelegt werde, was das Gesetz nicht habe ausdrücken wollen, und sodann, daß bei dieser Annahme der § 720 seine Bedeutung verliere. Der erste dieser Gründe erscheint jedoch deshalb nicht stichhaltig, weil der § 718 des

---

[1]) Das Recht der Schuldverhältnisse 2, 3. Aufl. Anm. 1b zu § 718.

[2]) Das Bürgerliche Recht 2, Die Schuldverhältnisse T. 2 § 359 I 2.

[3]) Das Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 2b zu § 718. Er sagt ausdrücklich: „Die Zugehörigkeit des von einem geschäftsführenden Sozius gemachten Erwerbes zum Gesellschaftsvermögen bestimmt sich nur nach der subjektiven Willensrichtung des Erwerbers."

[4]) Lb. d. bürgerlichen Rechts, 4.—5. Aufl. 2. Anm. 2 zu § 399.

[5]) Handausgabe d. bürgerlichen Rechts Anm. 2B zu § 718.

[6]) Die Surrogation 329.

Bürgerlichen Gesetzbuches lediglich eine Aufzählung der Bestandteile des Gesellschaftsvermögens gibt, ohne auf die Frage eingehen zu wollen, in welcher Weise der Erwerb dieses Vermögens vor sich zu gehen habe.[1]) Wenn daher von der gegnerischen Ansicht bei dem Erwerbe eines Gegenstandes durch einen Gesellschafter ein Handeln „im Namen" der Gesellschaft verlangt wird, so ist diese Auslegung des § 718 durchaus nicht zu weitgehend. Aus obigen Gründen läßt sich auch die von Enneccerus[2]) verworfene Unterscheidung des Erwerbes durch sämtliche Gesellschafter oder nur durch einen Gesellschafter aufrecht erhalten. Die Gegenpartei behauptet ferner, daß sich aus der Vorschrift des § 720, welcher bestimmt, daß der Schuldner die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs. 1 zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Forderung erst von seiner Kenntnis an gegen sich gelten lassen muß, ergebe, daß ein Gegenstand bereits Bestandteil des Gesellschaftsvermögens werde, wenn auch die Bestimmung, Bestandteil zu werden, nicht sogleich bei seinem Erwerbe hervortrete. Dies läßt sich aber dadurch widerlegen, daß aus dieser speziellen Bestimmung ein allgemeiner Schluß für die Frage, wann ein Gegenstand Bestandteil des Gesellschaftsvermögens wird, nicht gezogen werden kann. Die Bestimmung des § 720, die lediglich eine Schutzvorschrift für den über die Person seiner Gläubiger in Unkenntnis befindlichen Schuldner darstellt, regelt eine Frage, die hauptsächlich für das Innenverhältnis der Gesellschafter von Wichtigkeit ist. Ihre spezielle Bedeutung läßt jedoch nicht allgemein darauf schließen, daß, wenn jemand im eigenen Namen handelnd auftritt und Gegenstände erwirbt, wenn auch seine Absicht darauf geht, sie als Bestandteil eines Gesellschaftsvermögens zu erwerben, diese Gegenstände nunmehr sofort Bestandteile des Gesellschaftsvermögens werden.

Ein Gegenstand wird demnach dann als durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben zu betrachten sein, wenn einerseits sämtliche Gesellschafter in der Absicht, den Gegenstand für das Gesellschaftsvermögen zu erwerben, als Erwerber auftreten, oder wenn ein Gesellschafter als geschäftsführendes, mit Vertretungsmacht ausgestattetes Mitglied den Gegenstand „im Namen" der Gesellschaft erwirbt.[3]) Mit Un-

---

[1]) Dies hebt besonders Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch 1, 757 hervor.

[2]) aaO. 1014, Anm. 2.

[3]) Diese Ansicht wird hauptsächlich vertreten von Planck aaO. Anm. 1b zu § 718; Staudinger 2, 2 Anm. 1b[a] zu § 718; Goldmann-Lilienthal aaO.

recht wirft Enneccerus aaO.[1]) dem Reichsgericht und dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg vor, es fordere für jeden Fall ein Handeln „im Namen" der Gesellschaft. Beide, sowohl das Reichsgericht wie das Oberlandesgericht Hamburg, schließen sich jedoch der von Planck angegebenen, soeben ausgeführten Unterscheidung an.

2. Der Nießbrauch.

Bei der Erörterung der weiteren Frage, ob ein Nießbrauchsrecht zu dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gehören kann, bedarf es zunächst der Untersuchung, ob die Natur des rein persönlichen Nießbrauchsrechtes es zuläßt, Gegenstand des besonderen, der Gesamtheit der Gesellschafter zustehenden Gesellschaftsvermögens zu sein.

Gibt es zunächst ein derartiges besonderes Gesellschaftsvermögen?

Der 1. Entwurf der Bürgerlichen Gesetzbuches, der auf der römisch-individualistischen Auffassung des Gesellschaftsverhältnisses fußt, verneint ein derartiges, der Gesellschaft als solcher zustehendes Gesellschaftsvermögen.[2]) Er versagt der Gesellschaft das Eigentumsrecht an den von den Gesellschaftern eingebrachten Gegenständen und ermöglicht insbesondere den einzelnen Gesellschaftern die freie Veräußerlichkeit ihrer Anteile an den gemeinschaftlichen Gegenständen; er nimmt mithin nur ein bloßes Miteigentum der Gesellschafter nach bestimmten Quoten an.[3]) Diese in enger Anlehnung an die römische societas konstruierte Gesellschaft des 1. Entwurfs wurde von der nach dem Bekanntwerden des Entwurfs hervortretenden Polemik der germanistischen Richtung als eines der hauptsächlichsten Argumente für die Zurückweisung jenes „undeutschen" Gesetzes, wie es Gierke nannte, ins Feld geführt.[4]) So wurden denn bei

758; Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Anm. 2 zu § 718; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht 1, Anm. III 4 zu § 925 und in der Praxis durch die Entscheidungen des Reichsgerichts vom 7. März 1905, 54, 106 und des OLG.-Hamburg in OLGRspr. 10, 186 (Entscheidung v. 22. Dezember 1904) vertreten.

[1]) 752.

[2]) Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 2, 591.

[3]) Motive aaO. 599.

[4]) Von den zahlreichen Schriften, die sich gegen den 1. Entwurf richteten, seien an dieser Stelle für die spezielle Frage des Gesellschaftsrechts angeführt Gierke,

der Beratung des 2. Entwurfs obige Grundsätze fallen gelassen und unter Berücksichtigung deutschrechtlicher Auffassungen ein von dem Privatvermögen der Gesellschafter abgesondertes, der freien Verfügung des einzelnen entzogenes Gesellschaftsvermögen angenommen. Dadurch wurde das Erfordernis eingeführt, daß zu Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen nur die Gesamtheit der Gesellschafter befugt sei, mithin das Vermögen der Gesellschaft nach dem sogenannten Prinzipe der gesamten Hand geregelt. Durch die Bestimmung des § 738 des Bürgerlichen Gesetzbuches ist nun für die Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, trotz Vergrößerung oder Verringerung der Zahl ihrer Mitglieder fortzubestehen, und so kann der Fall eintreten, daß infolge des Wechsels der Mitglieder ganz verschiedene Personen Anteilsberechtigte an dem besonderen Gesellschaftsvermögen werden. Dies steht jedoch an sich mit dem Wesen des Nießbrauchsrechtes im Widerspruch. Denn der Nießbrauch als unveräußerliches und unvererbliches, dingliches Recht ist an die Person des Nießbrauchers gebunden, mit dessen Existenzbeendigung er ebenfalls erlischt. Demnach scheint die Möglichkeit der Zugehörigkeit eines Nießbrauchsrechtes zu einem Vermögen, dessen Berechtigte wechseln, ausgeschlossen zu sein. Trotzdem hat die Literatur die Frage, ob ein Nießbrauch Gegenstand des Gesellschaftsvermögens sein kann, fast einstimmig bejaht. Allerdings geschieht dies vielfach, ohne daß dabei der Fall berücksichtigt wird, daß infolge des Wechsels von Mitgliedern andere Personen als diejenigen, denen ursprünglich der Nießbrauch bestellt wurde, die Nießbrauchsberechtigten sein können. Allein Knoke in seinem „Recht der Gesellschaft“ [1]) erwähnt diesen Umstand, indem er für die Zugehörigkeit eines Nießbrauchsrechtes zu einem Gesellschaftsvermögen die Einschränkung macht, daß die Gesellschaft durch den Wegfall eines ihrer Mitglieder zur Auflösung gelangt. Die Begründung der Annahme der Zugehörigkeit eines Nießbrauchsrechtes zum Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wird kurz darin gefunden, daß dasjenige, was Bestandteil eines Vermögens überhaupt sein kann, auch zu den Bestandteilen eines Gesellschaftsvermögens gehören kann. Dieser Ansicht, die besonders von

„Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht“, 275; ferner „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe“, 53 ff. und „Die soziale Aufgabe des Privatrechts“, 42.

[1]) aaO. 78.

Staudinger,[1]) Fuchs[2]) und auch Knoke[3]) vertreten wird, ist jedoch bei genauerer Betrachtung nicht ohne weiteres beizutreten. Denn es gibt Gegenstände und zwar Rechte, die Bestandteile eines Vermögens sein, dennoch aber mehreren Personen nicht gemeinschaftlich zustehen können, deren Ausübung nur durch mehrere gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. Zu erwähnen wären hier diejenigen Rechte, die aus der Persönlichkeit des Berechtigten entspringen, man denke an Urheber- und Erfinderrechte. Aus diesem Grunde erscheint die Ansicht von Planck[4]) zutreffender, welcher sagt, daß zum Gesellschaftsvermögen alle diejenigen Gegenstände, d. h. Sachen und Rechte gehören können, die mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen können.

Daß der Nießbrauch als gleiches dingliches Recht wie das Eigentum mehreren Personen gemeinschaftlich zustehen kann, ist bereits in den Motiven[5]) für zulässig erachtet worden, und zwar sollen für diesen Fall die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen zur Anwendung gelangen, indem das an der Sache bestehende Nießbrauchsrecht als Gemeinschaftsgegenstand angesehen wird. In dieser Weise wird in Uebereinstimmung mit dem schon im römischen Recht herrschenden Grundsatz[6]) auch gegenwärtig von der Literatur der Fall der Bestellung eines Nießbrauchsrechtes für mehrere Personen beurteilt.[7]) Da aber die 2. Kom-

---

[1]) Anm. III, 1c zu § 718.

[2]) Fuchs-Arnheim, „Das formelle Grundbuchrecht", Anm. 3 zu § 48 der Grundbuchordnung.

[3]) aaO. 78.

[4]) Anm. 2 zu § 718.

[5]) 3, 497 zu § 985 des 1. Entwurfs.

[6]) So sagt schon Paulus in Uebereinstimmung mit Julian und Celsus, D. 7, 1, 13,3, daß für den Fall, daß zwischen zwei Nießbrauchern Streit entsteht, die actio communi dividundo zur Anwendung gelangen solle.

[7]) Besonders erwähnen diese Möglichkeit Crome, „System des deutschen bürgerlichen Rechts", 3, § 434 Nr. 3; Planck 3, Anm. 3 zu § 1066; Goldmann-Lilienthal 3, Anm. 2 zu § 59, 405; Staudinger 3, Anm. V zu § 1066; Neumann 1, Anm. II zu § 1066; Endemann „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts" 3, § 103, IV; Türke-Niedenführ „Das bürgerliche Recht" 2, Anm. 1 zu § 1066; Turnau-Förster „Das Liegenschaftsrecht", Anm. 1 zu § 1066; Predari „Die Grundbuchordnung", Anm. 1 A a zu § 24 der Grundbuchordnung 441; Kretzschmar „Einführung in das Grundbuchrecht" 2, 251; Fuchs „Das materielle Grundbuchrecht", einleitende Bemerkungen I zu § 1066; Sohm aaO. 61; Klumpp „Das deutsche Grundbuchrecht", § 178 I A; v. Seeler „Das Miteigentum", 106.

mission entgegen dem 1. Entwurfe den Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs aufstellte,[1]) so würden damit für den Fall, daß mehrere Personen gemeinschaftlich Nießbrauchsberechtigte sind, die Bestimmungen über die Gemeinschaft nach Bruchteilen, nach denen den Gemeinschaftern die freie Verfügung über die Bruchteile zusteht, nicht ohne weiteres angewendet werden können. Aus diesem Grunde wird denn auch von mehreren Schriftstellern[2]) hervorgehoben, daß infolge der eigenartigen Natur des Nießbrauchsrechtes bei einem gemeinschaftlichen Nießbrauch diejenigen Vorschriften der Gemeinschaft nach Bruchteilen auszuschließen seien, die das Verfügungsrecht des Einzelnen über seinen Anteil ermöglichen.

Die Frage, ob die Grundsätze der Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit des Nießbrauchsrechtes sich auch mit der Möglichkeit des Wechsels der Gesellschafter in Uebereinstimmung bringen lassen und trotzdem ein Nießbrauch Gegenstand des Gesellschaftsvermögens sein kann, ist ebenfalls in der Literatur erörtert worden. Knoke[3]) nimmt für den Fall der Veränderung des Mitgliederbestandes der Gesellschaft die Möglichkeit einer Anteilsanwachsung an die übrigen Gesellschafter an, und auch Predari[4]) will es zulassen, daß, wenn von zwei Nießbrauchern der eine durch Tod seine Nießbrauchsrechte verliert, trotzdem der Nießbrauch auch durch den zweiten ausgeübt werden kann, indem der Anteil des Verstorbenen dem Ueberlebenden anwächst. Für eine unbedenklich gültige Bestellung eines Nießbrauchsrechtes für mehrere Personen selbst in der Weise, daß beim Tode des einen Nießbrauchers die freigewordene Quote den Uebrigen anfällt, spricht sich auch Endemann aus,[5]) indem er dann allerdings eine entsprechende Gestaltung des dinglichen Vertrages und, falls es sich um Grundstücke handelt, eine grundbuchrechtliche Eintragung fordert.[6])

Es ergibt sich jedoch m. E. bereits aus dem für die Gesellschaft heute geltenden Prinzipe der gesamten Hand, daß ein derartiges Fortbestehen des Nießbrauchsrechtes trotz Aenderungen im Mitgliederbestande

---

1) Prot. 3, 407.

2) So besonders Planck aaO., Anm. 3 zu § 1066; Crome aaO., Anm. 28 zu § 507; Klumpp aaO. 630.

3) aaO. 78.

4) aaO. 441.

5) aaO. 3, § 103 4a 2, 649.

6) Dieses Verlangen stellt übrigens auch Predari aaO. 441.

der Gesellschaft unbedenklich anzunehmen ist, ohne daß darin eine Verletzung der Vorschriften der Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des Nießbrauchsrechtes — § 1059 und § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches — liegt. Mit dem Prinzipe der Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens und dem Grundsatze der Unfähigkeit des einzelnen Gesellschafters, über seinen Anteil zu verfügen oder Teilung zu verlangen, steht es keineswegs im Widerspruch, daß Rechte, die im allgemeinen an die Persönlichkeit des Berechtigten gebunden sind, wenn sie für eine solche Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand bestellt werden, über die Personen des einen oder des anderen Gemeinschafters hinaus weiter der Gemeinschaft zustehen.

Allerdings wird diese von der 2. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch zwar eingeführte, aber in ihrer rechtlichen Konstruktion nicht näher bestimmte Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand von den Juristen in der verschiedensten Weise beurteilt.[1])

Die hauptsächlich von romanistischer Seite vertretene eine Ansicht leugnet, daß durch die Hinweisung auf den deutsch-rechtlichen Gesamthandsbegriff jede quotenmäßige Beteiligung der Gesellschafter ausgeschlossen sei. Allerdings sei durch die positive Gesetzesvorschrift des § 719 des Bürgerlichen Gesetzbuches dem einzelnen die Verfügung über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen als Ganzem und an den zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen versagt. Dennoch seien die einzelnen Gesellschafter an den Gegenständen Mitbesitzer, Miteigentümer usw. und daher „anteilmäßig" berechtigt. Die Ausübung ihrer Berechtigung vollziehe sich allerdings „gemeinschaftlich", doch sei diese Bestimmung lediglich aus praktischen Erwägungen getroffen, um zu verhindern, daß der ein gemeinsames Interesse der Gesellschafter verfolgende Gesellschaftszweck vereitelt werde.[2]) Durch diesen Ausschluß der Verfügung eines Gesell-

[1]) Allerdings sprechen die Protokolle 2, 430 davon, „daß die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens nicht nach festen Bruchteilen geteilt sind". Aus diesen Worten läßt sich jedoch, wie auch Binder „Die Rechtsstellung des Erben" 3, 33, im Gegensatz zu Enneccerus 2, 2, Anm. 1 zu § 312, ausführt, nicht darauf schließen, daß damit eine Definition des Gesamthandsbegriffes gegeben werden sollte, vor allem, da auch aus den Protokollen selbst hervorgeht, daß hinsichtlich der charakteristischen Merkmale der Gesellschaft zur gesamten Hand die Meinungen auseinander gingen (2, 429).

[2]) Dieser Ansicht vor allem Binder aaO. 3, 34.

schafters über sein Quotenrecht kraft positiver Gesetzesvorschrift ergebe sich aber keineswegs, daß dem Gesellschafter nicht trotzdem eine geteilte Mitberechtigung, wie es Oertmann[1] nennt, an den einzelnen Stücken des Gesamthandsgutes zustehe.[2] Diese Theorie geht sogar so weit, daß sie die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Aufhebung der Verfügungsbeschränkung des einzelnen Gesellschafters über die Gesellschaftsgegenstände annimmt[3] und damit aus dem „gebundenen Miteigentum", wie es Jörges nennt, ein „freies Miteigentum" herstellen will. Eine solche Konstruktion des Prinzipes der gesamten Hand ist aber aus folgenden Gründen nicht zu billigen. Indem die 2. Kommission zum Bürgerlichen Gesetzbuch im schroffen Gegensatz zur ersten ein von dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter getrenntes, den Gesellschaftern, d. h. der Gesamtheit der einzelnen Gesellschafter zustehendes Sondervermögen, das Gesellschaftsvermögen, angenommen hat, wollte sie dadurch eine Vermögenseinheit schaffen, über die nur die Gesamtheit der Gesellschafter zu verfügen berechtigt sein sollte. Nimmt man jedoch eine Bruchteilsberechtigung der Gesellschafter an den einzelnen, das Gesellschaftsvermögen bildenden Gegenständen oder ihrem Inbegriff an, so ist damit die subjektive sowohl wie die objektive Einheit des Gesellschaftsvermögens nicht mehr vorhanden.[4] Und wenn die gegenteilige Ansicht behauptet, daß diese Einheit dadurch hergestellt werde, daß dem Gesellschafter die Verfügung über die einzelnen Gesellschaftsgegenstände entzogen sei, so gerät sie damit, wie auch Sohm in seinem „Gegenstand" hervorhebt, in einen Widerspruch. Steht dem Gesellschafter an den einzelnen Gesellschaftsgegenständen ein quotenmäßige Berechtigung nach Art des Miteigentums nach Bruchteilen zu, so ist damit auch notwendig die freie Verfügungsberechtigung des Gesellschafters über

---

[1] aaO. Vorbem. 3c zu § 705.

[2] Diese Theorie wird hauptsächlich vertreten von Dernburg aaO. 2, § 359 II; Goldmann-Lilienthal 1, § 197 4, 759; Cosack „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts" 2, § 276 I 1 428; Lehmann-Ring „Das Handelsgesetzbuch", Vorbem. zu § 105, 219; Laband „Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften", Goldschmidts Z. 31 56—58; Jörges „Zur Lehre vom Miteigentum", Goldschmidts Z. 49 179; Kipp in Windscheid-Kipp „Lehrbuch des Pandektenrechts" 2 § 407 790; v. Seeler aaO. 106; Nagler „Die gesamte Hand in der Gesellschaft", Sächs. Arch. 10 723—26; Kreß „Die Erbengemeinschaft" 2 Anm. 3 und Hellwig „Anspruch und Klagerecht", Anm. 9 zu § 29 201.

[3] So Jörges aaO. 51 75.

[4] Sohm aaO. 70.

die Gesellschaftsgegenstände verbunden. Denn „das Wesen der Bruchteilsberechtigung beruht gerade in der uneingeschränkten Verfügungsfreiheit über die Bruchteile."

Infolge dieser romanistischen Auffassung des Prinzipes der gesamten Hand würde für ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Nießbrauchsrecht nicht die Möglichkeit gegeben sein, auch bei Veränderungen unter den Mitgliedern weiter zu bestehen, da diese Konstruktion des Gesamthandsverhältnisses nicht in deutlicher Weise das Vorhandensein des Sondervermögens der Gesellschaft, getrennt von dem der einzelnen Gesellschafter, zeigt. Allein aus dem Vorhandensein dieses Sondervermögens ergibt sich jedoch, daß ein Nießbrauchsrecht Bestandteil des Vermögens der Gesellschaft ohne Rücksicht auf den Wechsel der Mitglieder sein kann.

Der individualistischen Auffassung des Prinzipes der gesamten Hand stellt Sohm eine andere Theorie gegenüber,[1]) nach der er die Gesamthandsgemeinschaft lediglich als ein personenrechtliches Verhältnis auffaßt, als eine „Rechtsgemeinschaft kraft Personenrechts", wie er es nennt. Aus dieser Natur des Gesellschaftsverhältnisses ergebe sich, daß der Anteil der einzelnen Mitglieder an den Gesellschaftsgegenständen lediglich als eine Folge seiner Zugehörigkeit zu der Gesellschaft anzusehen sei und sich demnach nur als „ein aus der Mitgliedschaft erwachsendes einzelnes Mitgliedsrecht" darstelle. Das Ergebnis dieser Annahme ist, daß jedem einzelnen Mitgliede der Gesellschaft ein derartiges Mitgliedsrecht zusteht. Alle mit einem solchen Mitgliedsrecht ausgestatteten Gesellschafter haben eine anteilige Berechtigung an dem gesamthänderischen Vermögen. Sie alle sind Subjekte dieses Vermögens. Sohm nennt diese Gesamtberechtigung der Mitglieder an dem Gesellschaftsvermögen „eine Teilberechtigung an den einzelnen Gegenständen, eine gemeinsame Berechtigung nach ideellen Anteilen". Allerdings will er sich damit durchaus nicht der romanistisch-individualistischen Auffassung anschließen; er hebt vielmehr ausdrücklich hervor, daß er in diesen ideellen Teilen keineswegs Bruchteile im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sehen will.

Eine solche Einschiebung eines neuen Moments zwischen die romanistische Theorie der geteilten Mitberechtigung und die von Gierke und seinen Anhängern vertretene deutsch-rechtliche Gesamthandstheorie

---

[1]) aaO. 62, 70. Zu dieser Theorie bekennt sich auch Oertmann aaO. 760.

erscheint jedoch m. E. nicht begründet; denn Berechtigte des Gesellschaftsvermögens ist eben nicht eine Mehrheit von Personen, sondern eine Personeneinheit. Subjekt des Gesellschaftsvermögens sind die Teilhaber der Gesellschaft in ihrer Gesamtheit, „in ihrer personenrechtlichen Verbundenheit", wie Gierke es ausdrückt.[1])

Dem wird von Laband[2]) und Oertmann[3]) entgegengehalten, daß, wenn die Gesamtheit Berechtigte des Gesellschaftsvermögens sei, ihr auch juristische Persönlichkeit zukommen müsse, was jedoch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht der Fall sei. Darauf ist zu erwidern, daß ein feiner Unterschied zwischen der bis zur Entstehung eines neuen Rechtssubjekts zusammengeschlossenen und der hier in Rede stehenden Personenmehrheit vorhanden ist. Eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist nämlich, wie auch Gierke in seiner „Genossenschaftstheorie" hervorhebt, deshalb noch nicht eine juristische Person, weil in dem herrschenden gemeinschaftlichen Willen der Einzelwille eines jeden noch als essentieller Faktor enthalten ist und kenntlich bleibt. „Das Subjekt", führt Gierke aus, „ist eine verbundene Personenmehrheit, die man mit gleichem Rechte eine geeinte Vielheit und eine kollektive Einheit nennen kann".[4]) Das Verhältnis dieser Personenmehrheit zu ihrem Vermögen zeigt sich als der Ausfluß eines einheitlichen Herrschaftsrechtes zu einem von der Summe seiner jeweiligen Bestandteile unabhängigen Vermögensinbegriff.

Das Prinzip der gesamten Hand beruht demnach darin, daß das für die Gesellschaftszwecke bestehende Gesellschaftsvermögen der Gesamtheit der Gesellschafter zusteht. „Die mehreren Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung", wie es das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 11. Dezember 1903 in **56** 208, 209 ausdrückt, „sind Träger der Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft." Sie stellen im Verhältnis zu dem Gesellschaftsvermögen eine geschlossene Einheit dar, so daß bei Geschäften eines Mitgliedes mit der Gesellschaft in Ansehung ihres Vermögens dieser der Gesellschaft wie einer dritten Person gegenübertritt, ohne daß deshalb die Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet zu sein braucht.[5])

---

[1]) Deutsches Privatrecht, 2 392.
[2]) aaO. Vorbem. 3 zu § 705 760.
[3]) DJZ. 1904. 1108.
[4]) Gierke „Die Genossenschaftstheorie", 343.
[5]) In diesem Sinne spricht sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 21. Januar 1904, 56 432 und auch das Kammergericht in einer Entscheidung vom 16. Februar 1903 in KGJ. 20 A 134 aus.

Diese Theorie der sog. ungeteilten Mitberechtigung ist als die heute herrschende zu bezeichnen. Von den zahlreichen Vertretern seien an dieser Stelle angeführt: Planck **2**, Vorbem. II 3 zu § 705; Staudinger **2** 2, Vorbem. II zu § 705; Endemann **I** § 180 Nr. 3, 1129—1130; Crome **2**, 280 Nr. 2; Meurer „Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht", Seite 134; Schollmeyer „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse" 144; Böhm „Erbrecht" 274; Knoke aaO. 7—10 § 5. Das Reichsgericht, welches in früheren Entscheidungen, so besonders in **25** 156 und in Gruchots Beitr. **38** 1065 seine Anhängerschaft an diese Theorie nicht ganz deutlich zum Ausdruck gebracht hat, hat in neueren Entscheidungen, so vom 14. April 1903, **54** 280, vom 26. Januar 1904, **56** 432 und vom 23. Februar 1907, **65** 232 die Vereinigung der Gesellschafter in ungeteilter Berechtigung als Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens ausdrücklich hervorgehoben. Auf dem gleichen Standpunkte steht auch das Kammergericht in mehreren Entscheidungen, so vom 11. November 1901 in KGJ. **23** A 97, vom 17. Februar 1902 in KGJ. **24** A 111 und vom 31. Oktober 1904, KGJ. **28** A 252.

Gehören nun zu dem dieser Personeneinheit zustehenden Vermögen Rechte, so ist anzunehmen, daß diese Rechte, als der „gesamten Hand" bestellt, dieser so lange zustehen sollen, wie sie besteht, und daß sie auch bei Wegfall derjenigen Mitglieder der Gesamthandsgemeinschaft, die bei ihrer Bestellung vorhanden waren, der gesamten Hand noch weiter zustehen sollen. Denn ihre Bestellung ist nicht lediglich im Interesse der jeweils vorhandenen Mitglieder der Gesellschaft erfolgt, sondern sie sollen dem Zwecke der geeinten Personenmehrheit dienen. Bleibt daher diese Personenmehrheit trotz Veränderungen in ihrem Mitgliederbestande die gleiche — daß dies bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Fall ist, wird weiter unten noch des eingehenden erörtert werden —, so bleiben auch die der Gesellschaft eingeräumten Rechte für sie noch weiter bestehen. Gehört nun zum Vermögen einer solchen Gemeinschaft zur gesamten Hand ein Nießbrauchsrecht, so steht, da der Nießbrauch lediglich der Gesamtheit als solcher bestellt ist, der dem Rechte eigentümliche Grundsatz der Höchstpersönlichkeit keineswegs im Widerspruch damit, daß es bei Veränderungen unter den Teilhabern der Gesellschaft bei Bestand bleibt und auf die veränderte Gesellschaft übergeht. In welcher Weise dies jedoch vor sich geht, wird

später noch des näheren ausgeführt werden. Nach alledem ergibt sich unbedenklich die Möglichkeit der Zugehörigkeit eines Nießbrauchsrechtes zu dem Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Materiellrechtlich ist also die Bestellung eines Hypotheken- und eines Nießbrauchsrechtes für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sehr wohl zulässig. In welcher Weise geschieht diese Bestellung jedoch formellrechtlich, bei der Eintragung im Grundbuch?

§ 3.

Zugehörigkeit eines Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes zum Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach der formellrechtlichen Seite.

Für die bei der Eintragung eines Rechtes für mehrere Personen zu erfüllenden Form bestimmt der § 48 der Grundbuchordnung, daß die Eintragung in der Weise erfolgen soll, daß entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden, oder daß das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Eine Angabe der Berechtigten in Bruchteilen kann nun allein dann erfolgen, wenn die mehreren Berechtigten zueinander in einer Bruchteilsgemeinschaft stehen; bilden sie jedoch eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, so ist damit die Eintragung von Bruchteilen ausgeschlossen.[1]) In diesem Falle muß aus der Eintragung das unter den Berechtigten bestehende Gemeinschaftsverhältnis hervorgehen. In welcher Weise dies zu geschehen hat, wird verschieden beurteilt.

Die einen halten es für genügend, wenn unter Anwendung möglichster Kürze lediglich im Grundbuch vermerkt wird, daß Bruchteile nicht vorhanden sind, oder daß eine Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht. So führt Predari[2]) für den Fall, daß eine mehreren Personen zustehende Hypothek nunmehr dem Vermögen einer von diesen Personen begründeten Gesellschaft angehören soll, als Beispiel für die Ausdrucksweise der Umschreibung den Satz an: „Diese Hypothek ist auf die aus den . . . . bestehende Gesellschaft übertragen. Eingetragen am . . . .“ Die Be-

[1]) Dies führt das Kammergericht in einer Entscheidung vom 28. November 1904, OLGRspr. 10 423, aus; ebenso auch Predari aaO. 624 Anm. 9.

[2]) aaO. 624.

zeichnung des unter den Berechtigten bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses lediglich als „Gesellschaft" erscheint jedoch m. E. keineswegs als ausreichend und der Bestimmung des § 48 der Grundbuchordnung entsprechend. Infolge der verschiedenartigen rechtlichen Gestaltung der Gesellschaften im allgemeinen, wie auch der einzelnen Gesamthandsgemeinschaften erfordert es die Sicherheit des Grundbuchverkehrs, daß bei einer unter mehreren Personen bestehenden Gemeinschaft das ihr speziell zugrunde liegende Rechtsverhältnis genau bezeichnet wird.[1]) Im Gegensatz zu der oben dargelegten Ansicht ist daher der Meinung derjenigen zu folgen, welche bei der Eintragung eines Gemeinschaftsverhältnisses im Grundbuche das Erfordernis aufstellen, daß nicht nur überhaupt ein Gesamthandsverhältnis angegeben wird, sondern daß das konkrete, im einzelnen Falle vorliegende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Durch dieses Verlangen wird man allein dem Wortlaut des § 48 der Grundbuchordnung, der die Eintragung des für die Gemeinschaft „maßgebenden" Rechtsverhältnisses verlangt, gerecht werden, besonders da sowohl in dem Entwurf zur Grundbuchordnung,[2]) wie auch in dem zum Bürgerlichen Gesetzbuch[3]) ausdrücklich dieses Erfordernis aufgestellt worden ist. In der Literatur wird dieser Standpunkt vertreten durch Fuchs, in Fuchs-Arnheim, das formelle Grundbuchrecht Anm. 7 zu § 48, 507 und Turnau-Förster aaO. **2** Anm. 4 zu § 48 der Grundbuchordnung, indem ausgeführt wird, daß eine Eintragung lediglich „für die Gesellschaft" oder „für den nicht rechtsfähigen Verein", da es sich nicht um Subjekte mit juristischer Persönlichkeit handele, nicht genüge, sondern daß „die einzelnen Berechtigten mit dem Zusatz als Gesellschafter zur gesamten Hand oder als Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins einzutragen seien". Zu den Anhängern dieser heute herrschenden Ansicht gehören außer den bereits Genannten noch Güthe, Grundbuchordnung **1**, Anm. 8 zu § 48, 851 und Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, **1** 577. Von den zahlreichen Entscheidungen, die sich ebenfalls dieser Meinung angeschlossen haben, seien an dieser Stelle erwähnt die des Kammergerichts vom 8. Oktober 1900, KGJ. **20 A** 307; vom 22. Dezember 1900, KGJ. **21 A** 111; vom 6. Januar 1902, OLGRspr. **4** 191; vom 22. Juni 1903, OLGRspr. **7**

---

[1]) In diesem Sinne spricht sich auch Köllner „Der Uebergang des preußischen Praktikers in das deutsche Grundbuchrecht", 69, 86 aus.

[2]) Entwurf zu einer Grundbuchordnung § 27, 62.

[3]) Motive **3** 156.

372; vom 28. November 1904, OLGRspr. 10 423 und die des OLG. Colmar in einem Beschluß vom 23. Januar 1904, OLGRspr. 8 157.

Geschieht nun eine Eintragung eines Rechtes für eine Gesellschaft nicht in der soeben dargelegten, erforderlichen Form, so fragt es sich, welche Wirkung diese mangelhafte Eintragung auf den Bestand des eingetragenen Rechtes ausübt. Auch hier gehen die Meinungen auseinander. Ist das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis noch nicht eingetragen, so wird behauptet, daß infolge der formalen Natur des Grundbuches das Recht der Gemeinschaft auch noch nicht in der gewollten Art und Weise zustehe. Erst wenn bei der Eintragung eines Rechtes für eine Gemeinschaft zur gesamten Hand auch aus dem Grundbuch deutlich hervorgehe, daß eine Gesamthandsgemeinschaft Berechtigte sei, gehöre das eingetragene Recht zum Vermögen dieser Gesamthandsgemeinschaft. Solange dies jedoch nicht geschehen sei, ständen die mehreren Gemeinschafter in Ansehung des eingetragenen Rechtes nur in einer Gemeinschaft nach Bruchteilen.[1]) In dieser Annahme liegt jedoch ein Mißverständnis der Vorschrift des § 48 der Grundbuchordnung. Die Bestimmung des Paragraphen ist lediglich zum Zwecke der Sicherheit des Grundbuchverkehrs gegeben. Sie will verhindern, daß dritte Personen sich im Irrtum über die Art und Weise der Berechtigung der im Grundbuch stehenden Eigentümer und sonstigen Berechtigten befinden, sie ist jedoch ohne Einfluß auf die materiellrechtliche Frage der Zugehörigkeit des eingetragenen Rechtes zu dem Vermögen der Berechtigten. Der Charakter der Bestimmung des § 48 der Grundbuchordnung ist daher lediglich der einer Ordnungsvorschrift, einer sog. Sollvorschrift. Erfolgt also eine Eintragung ohne Beobachtung des § 48, so hat dieser Fehler keineswegs die Nichtigkeit der stattgehabten Eintragung zur Folge. Das Grundbuch ist allerdings unrichtig geworden, und die Beseitigung des Mangels geschieht im Wege des Berichtigungsverfahrens. Eine solche Berichtigung wird wegen der Bestimmung des § 40 der Grundbuchordnung, nach der eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn der, dessen Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter im Grundbuch verzeichnet ist, stets erforderlich sein, wenn infolge einer Uebertragung oder Veränderung des eingetragenen Rechtes eine Neu-

[1]) Diese fast alleinstehende Ansicht wird vertreten von Beyer, Die Surrogation, 328.

eintragung erfolgen soll.[1]) Eine Berichtigung halten denn auch für den Fall einer gegen § 48 der Grundbuchordnung verstoßenden Eintragung für erforderlich: Staudinger Anm. III b ß zu § 718; Fuchs-Arnheim aaO. Anm. 9 zu § 48, 809; Güthe aaO. Anm. 9 und 10 zu § 48, 851, 852; Oberneck aaO. 308; Turnau-Förster Anm. 3 zu § 48, 345 und Predari aaO. Anm. 4 zu § 48, 621. Von den Entscheidungen aus der Praxis, die auf dem gleichen Standpunkte stehen, seien an dieser Stelle angeführt eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. März 1903, **54** 87, die Beschlüsse des Kammergerichts vom 21. Mai 1900, OLGRspr. **1** 301, 302, vom 8. Januar 1902, OLGRspr. **4** 191, vom 19. Oktober 1903, KGJ. **27** A 146, 147, vom 28. November 1904, OLGRspr. **10** 423, ferner der Beschluß des OLG. Frankfurt/M. vom 4. März 1903, JW. 1903 Beil. 62 No. 142, der des OLG. Colmar vom 12. Juli 1904, No. Z. 1900, 67, sowie das Landgericht Meseritz in einem Beschluß vom 16. Juli 1900, JurMonSchr. f. Posen, Ost- und West-Preußen, 1901, 162.

Nach alledem kann also einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein Hypotheken- und ein Nießbrauchsrecht bestellt werden.

---

[1]) Diesem bereits aus dem Gesetz zu folgernden Erfordernis widerspricht das Landgericht Köln in einem Beschluß aus dem Jahre 1900, in FFGZBl. Lobe 1 282, wenigstens für die vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Eintragungen mit der Begründung, daß die bisher geführten Grundbücher als solche des neuen Rechts gelten und fortgeführt werden sollten. Es ist diese Ansicht aber m. E. deshalb unrichtig, weil dadurch, daß die bisherigen Grundbücher als solche des neuen Rechts gelten sollen, nicht der Grundsatz aufgehoben wird, daß das Grundbuchrecht als formelles Recht mit dem Augenblick seines Inkrafttretens in seinen neuen Bestimmungen zur Geltung gelangt.

Abschnitt II.

§ 4.

Ueber die Möglichkeit der gleichzeitigen Bestellung eines Hypotheken- und eines Nießbrauchsrechtes für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Wenn aus der bisherigen Darstellung sich ergeben hat, daß für eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Möglichkeit besteht, ein Hypotheken- und ein Nießbrauchsrecht als Bestandteile ihres Vermögens zu besitzen, so fragt es sich nunmehr, ob es auch gestattet sei, einer Gesellschaft zugleich neben der Hypothek zur Erhöhung der dinglichen Sicherung einen Nießbrauch einzuräumen. Auf Grund dieses Nießbrauchsrechtes ist die Gesellschaft nicht allein gemäß § 1036 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Besitze der Sache berechtigt, sie kann auch nach § 1030 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches die Nutzungen der Sache ziehen. Eine solche zwiefache dingliche Sicherung des Pfandgläubigers erinnert jedoch an ein in mehreren früheren Rechten in Geltung gewesenes Institut, welches mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben worden ist, an die Antichrese oder das Nutzungspfandrecht. Es bleibt daher zu untersuchen, ob die Einräumung eines Hypothekenrechts und zugleich eines Nießbrauchs an einem Grundstück dem dinglich Berechtigten in der Tat die gleiche Stellung gewährt wie dem früheren Nutzungspfandgläubiger, und ob sie deshalb als eine Umgehung des heute verbotenen Nutzungspfandrechtes für unzulässig zu erachten ist.

Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es zunächst einer Betrachtung des Wesens des Nutzungspfandrechtes der früheren Zeit.

Die Anfänge dieses Rechtes findet man, wenn auch mit Abweichungen, sowohl im römischen wie im älteren deutschen Recht. Der römische Pfandgläubiger, der durch die Verpfändung juristischen Besitz an der Pfandsache erhielt, hatte in der Regel das Recht, in manchen

Fällen sogar die Pflicht[1]), die ihm verpfändeten Objekte zu benutzen, falls es sich nicht um Gegenstände handelte, die den persönlichen Bedürfnissen des Verpfänders zu dienen bestimmt waren. Bei dieser Benutzung der verpfändeten Sache geschah die Anrechnung in der Weise, daß die Nutzungen zunächst auf die Zinsen und sodann auf das Kapital angerechnet werden mußten. Ergab sich ein Ueberschuß der Nutzungen, so war dieser an den Schuldner herauszugeben.[2]) Das römische Recht gestattete also die Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger als Nutzungspfand, und zwar bedurfte es hierzu nicht eines besonderen Vertrages. Es konnte vielmehr, z. B. für den Fall, daß der Schuldner sich ein zinsloses Darlehen geliehen hatte — hiervon handelt l 8 D. 20, 2 — der Gläubiger aus den Früchten der ihm zum Pfand gegebenen Sache bis zu der gesetzlich zulässigen Höhe sich befriedigen, ohne daß hierzu der Abschluß einer besonderen Vereinbarung nötig gewesen wäre.[3]) Außer diesem sich bereits aus der Natur des Besitzes des Pfandgläubigers

---

[1]) Von einer solchen Pflicht spricht das römische Recht dann, wenn der verpfändete Gegenstand seiner Natur nach Ertrag zu bringen pflegt, und die Benutzung dieses Gegenstandes zur allmählichen Befriedigung zu dienen bestimmt ist. So erwähnt z. B. l 2 C. 4, 24 die operae ancillae oder pensiones domus und l 3 eod. das praedium, zu deren Benutzung der Pfandgläubiger verpflichtet sei. Andere Stellen, die darüber handeln, sind noch l 1 C. eod., sowie l 9 C. 8, 14; ebenso auch Dernburg, Pandekten 1 § 278 2b und: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, 2 70.

[2]) Dies spricht aus l 1 C. 8, 28; ebenso Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 1 286; Dernburg, Pandekten 1 673.

[3]) Diese sehr umstrittene Stelle wird des Eingehenden erörtert von Dernburg, Pfandrecht, 2 § 89, der zwar diese Bestimmung ebenso wie in seinen Pandekten, 2 673 Anm. 6, für willkürlich hält, sich aber dennoch für die Zulässigkeit eines solchen Nutzungsrechtes ohne besondere Vertragsabreden ausspricht, allerdings die für diesen Fall allgemein übliche Bezeichnung einer „antichresis tacita" als unklar verwirft. Dieser Ansicht steht gegenüber Kohler, Pfandrechtliche Forschungen 71, sowie Stephan, die antichresis tacita, ArchZivPrax. 30 376, der die Bestimmungen der l 8 D. 20, 2 überhaupt nicht auf den Fall der antichresis tacita, sondern den der eigentlichen, ausdrücklich vereinbarten Antichrese beziehen will. Desgleichen bestreitet auch Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts 62, die Möglichkeit der stillschweigenden Eingehung eines antichretischen Pfandvertrages. M. E. ist jedoch schon aus Gründen der Billigkeit der Ansicht Dernburgs zu folgen. Diese wird ferner noch vertreten von Windscheid-Kipp 1 1182-83 Anm. 5; Seuffert aaO. 1 286 und Vangerow, Pandekten, 1 § 384 Anm. 2 871.

ergebenden Nutzungsrechte kann dem Gläubiger durch ausdrückliche Vereinbarung ein Nutzungsrecht an der Pfandsache in der Weise bestellt werden, daß er befugt ist, die Nutzungen der Sache an Stelle der Zinsen der Forderung zu ziehen. Eine solche Abmachung wurde von den Römern mit der aus Griechenland übernommenen Bezeichnung ἀντίχρησις benannt, ein Wort, welches Glück in seiner ausführlichen Erläuterung der Pandekten, **14** 105, nach eingehender Betrachtung seiner Ethymologie m. E. nicht sehr glücklich mit „Gegennutzung", lateinisch mutuus usus übersetzt, obwohl ἀντί doch hier nicht die Bedeutung von „gegen", sondern vielmehr von „an Stelle" hat. Dadurch daß dem Gläubiger die Nutzungen an Stelle der Zinsen zustehen, ist er nicht verpflichtet, falls er aus der ihm übergebenen Sache höhere Nutzungen zieht, als die Zinsen betragen, diese herauszugeben. Es kommt dies deutlich zum Ausdruck in l 17 C. 4,32. Aus diesem Grunde bezeichnet Kohler aaO. 73 Anm. 3 einen solchen antichretischen Pfandvertrag treffend als ein Spekulationsgeschäft. [1]) Natürlich dürfte ein derartig antichretischer Vertrag nicht einen verbotenen Zinswucher enthalten. In einem solchen Falle würde diese Vereinbarung nichtig gewesen sein. Hiervon handelt l 26 § 1 C. 4, 32, ferner noch Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts **2** § 125, S. 544, 545, Glück aaO. 119 V, Sintenis aaO. 261, Seuffert aaO. 286, 287, Dernburg, Pandekten **I** 673, Windscheid-Kipp aaO. 1183. Was nun die Natur des antichretischen Pfandvertrages des römischen Rechts anbetrifft, so geht die heute herrschende Meinung dahin, daß er bezweckt, dem Gläubiger eine größere dingliche Sicherheit neben der Pfandbestellung zu gewähren. Im Gegensatz hierzu steht allerdings die ältere, von Glück aaO. 105 und Sintenis aaO. 459 vertretene Ansicht, nach der der Gläubiger durch die Antichrese nicht eine größere Sicherheit erhalten, sondern die Früchte einer Sache statt

---

[1]) Allerdings machte das römische Recht in diesem Falle noch einen Unterschied und zwar dahin, ob die antichresis in der Nutzung der natürlichen Früchte des Grundstücks oder in dem Bezug festbestimmter Geldeinkünfte bestehe. Nur im ersteren Falle sollte der Gläubiger berechtigt sein, sämtliche Nutzungen an Stelle der Zinsen zu behalten, wogegen er sich im letzteren Falle die über das gesetzliche Zinsmaß hinausgehenden Nutzungen auf das Kapital anrechnen lassen mußte. Hierüber sprechen hauptsächlich Sintenis, aaO. 261; Glück aaO. 121 VI; Seuffert aaO. 206, 207; Dernburg, Pfandrecht 2 92.

der Zinsen genießen solle. Mit der aus dem letzteren Zweck sich ergebenden Möglichkeit des Abschlusses eines antichretischen Vertrages ohne Verpfändung[1]) der Sache selbst steht es jedoch m. E. keineswegs im Widerspruch, daß nicht trotzdem eine solche Antichrese ohne Verpfändung eine Sicherung des Gläubigers darstellt. Als weiteres dingliches Sicherungsmittel ist daher der antichretische Vertrag als ein Nebenvertrag zum Pfandvertrage anzusehen. Dies geht auch aus l 33 D. 13,7 hervor. Derselben Ansicht sind Kohler aaO. 73 und Dernburg Pandekten I 673. Der Abschluß eines solchen antichretischen Pfandvertrages war im römischen Recht sowohl bei Mobilien als auch bei Immobilien zulässig. So erwähnt l 11 § 1 D. 20,1 ausdrücklich den Fall einer Antichrese an einem Grundstück. Auch die gesamte Literatur teilt diese Ansicht. Außer den älteren Pandektisten sind noch anzuführen Dernburg aaO. 673 und Windscheid-Kipp aaO. 1183.

Jenes Institut des alten deutschen Rechts, welches mit der römischen Antrichese die meisten verwandten Züge aufweist, ist die unter der von Albrecht[2]) eingeführten Bezeichnung „ältere Satzung" bekannte Form des deutschen Pfandrechts an Immobilien. Hatte jemand einem anderen ein Darlehen gegeben, so bekam er dafür von seinem Schuldner ein diesem gehöriges Grundstück so lange in Besitz und Nutzung, bis der Schuldner die geliehene Summe zurückgezahlt oder ihn in sonstiger Weise befriedigt hatte. Der Gläubiger wurde also in das dem Schuldner gehörende Grundstück eingewiesen, er erhielt die „Gewere" des Grundstücks. Dadurch unterschied sich das Institut der älteren Satzung von dem der neueren, bei der dem Schuldner der Besitz des verpfändeten Vermögensobjektes verblieb und er dasselbe nur dem exekutorischen Zugriff der Gläubiger nicht entziehen durfte.[3]) Der Zweck dieser Be-

---

[1]) Eine solche ist unbedenklich zulässig; darüber handeln außer den älteren Pandektisten vor allem Dernburg, Pandekten I 673 No. 4; Windscheid-Kipp I 1183 Anm. 5.

[2]) Die Gewere, 142 § 16.

[3]) In dieser Weise wird von der herrschenden Ansicht der Unterschied der älteren und neueren Satzung dargelegt; so vor allem von Albrecht aaO. 147; Gierke „Deutsches Privatrecht" 2 813, 818; Stobbe-Lehmann „Handbuch des deutschen Privatrechts" 2 2 § 145, 130; Sohm „Ueber Natur und Geschichte der

stellung des Gutes des Schuldners zur Gewere des Gläubigers als Haftobjekt war vor allem wiederum der der Vermehrung der Sicherheit des Gläubigers. Dennoch ist diese Bestellung nicht lediglich akzessorischer Natur, sondern sie stellt ein selbständiges Recht des Gläubigers dar, welches für diesen mit der Hingabe des Darlehns entsteht. Um dem Gläubiger auch zugleich die Nutzung des Grundstückes zu verschaffen, bedurfte es nicht einer besonderen Abmachung, sondern dieses Recht folgte mit Notwendigkeit aus der pfandweisen Uebertragung des Gutes, aus der Tatsache, daß dem Gläubiger die „Gewere an dem Grundstücke" eingeräumt wurde. Denn die Gewere an einem Grundstück hat, wie es im Sachsenspiegel heißt: „Wer die Sache in Nutz und Gelde hat".[1] Hinsichtlich der Ausübung dieses Nutzungspfandrechtes waren die mannigfaltigsten Vertragsabreden möglich. Von den zahlreichen Modifikationen, die das Satzungsrecht erlitt, seien an dieser Stelle nur die beiden am häufigsten vorkommenden genannt: die sog. Todsatzung oder Satzung auf Todschlag und die Ewigsatzung. Bei der Todsatzung, welche dazu diente, die Forderung des Gläubigers zu tilgen, mußte der Gläubiger die gezogenen Nutzungen auf das Kapital anrechnen, welches sich dadurch allmählich verringerte, bis schließlich die Gesamtheit der Nutzungen die Höhe des Kapitals erreichte, worauf dann für den Gläubiger die Pflicht zur Rückgabe des ihm übertragenen Pfandes entstand. Im Gegensatz hierzu dienten bei der Ewigsatzung die gezogenen Nutzungen lediglich als ein Ersatz der Zinsen der Forderung. Beide Institute, die Todsatzung wie die Ewigsatzung, kommen auch im französischen Rechte vor und zwar als Unterart des die französische Form der deutschen älteren Satzung bildenden Immobiliarengagements, welches in der Bestellung eines zeitigen Nießbrauches gegen ein sofort fälliges Kapital besteht. Das der deutschrechtlichen Todsatzung entsprechende, lediglich ein Nutzpfandrecht darstellende Institut des fran-

---

modernen Hypothek" Grünhuts Z. 5 12; v. Meibom „Das deutsche Pfandrecht", 249; Schröder „Deutsche Rechtsgeschichte" § 61 Nr. 2, 724, im Gegensatz zu Heusler „Institutionen" 2 131, der diese Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten vollständig beseitigen will.

[1]) In ähnlicher Weise äußern sich auch Stobbe-Lehmann aaO, 122, 123 und Heusler, Institutionen 2 135.

zösischen Rechts ist die sog. **vifgage**, während die deutsche Ewigsatzung der französischen **mortgage** entspricht.[1])

Infolge der Rezeption des römischen Rechtes, seit der das römische Pfandrecht als gemeines deutsches Recht galt, fanden auch die für die römische **antichresis** bestehenden Grundsätze in Deutschland Eingang. Trotz dem Vordringen und der Verbreitung dieser römischrechtlichen Institute hat die altgermanische Satzung und zwar die sog. ältere Satzung in vielen Rechtsgebieten wegen der schon erwähnten Verwandtschaft mit der **antichresis** des römischen Rechts ihre Gültigkeit behalten. Allerdings hat sie durch den Einfluß römischrechtlicher Prinzipien, wie z. B. des kanonischen Wucherverbots, des öfteren Veränderungen erlitten, so daß sich auf diese Weise eine äußerst mannigfaltige Gestaltung des Nutzungspfandrechts an Grundstücken herausbildete. In fast unveränderter Form hat sich die alte Antichrese in Frankreich erhalten, und der im **Code civil** (Art. 2071, 2072 und 2085 ff.) verwendete Ausdruck **antichrèse** stimmt daher mit der römischen **antichresis** nicht überein, ist vielmehr umfassender und bezeichnet jede Art des Nutzungspfandrechtes.[2]) Andere Rechtsgebiete, in der das Nutzungspfandrecht seinen altgermanischen Charakter fast vollkommen behalten hat, sind Mecklenburg,[3]) Jülich-Berg[4]) und Neuenburg.[5]) In anderen Rechts-

[1]) Das Verhältnis dieser Institute zu dem Satzungsrecht des deutschen Rechts legt besonders eingehend dar: Franken in seiner Schrift: Das französische Pfandrecht im Mittelalter; erste Abteilung: Das Engagement und sein Verhältnis zu der sog. älteren Satzung des deutschen Rechts, 7 ff. und 123 ff.; mit kritischen Bemerkungen beurteilt und erläutert wird dieses Werk von Heusler, Goldschmidts Z. **25** 410–21, besonders 411, 412.

[2]) Hierüber handeln die Ausführungen bei Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts, **2** 199—209 und Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, 250—251.

[3]) Dies legt dar v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, § 18 3 e 135; ebenso ergeben dies die Mecklenburgischen Stadtrechtsberichte, so die der Städte Brüel, Malchow, Teterow, Woldeck u. a. Hierüber handeln die Ausführungen von Böhlau: Aus dem Codicillus iurium civitatium megapolensium vom Jahre 1589, Teil 6; von der Verpfändung der liegenden Güter, Z. Rechts Gesch. **10** 128—131.

[4]) Dies führt aus Maurenbrecher, Rheinpreußisches Landrecht **1** 285—286 Anm. 110.

[5]) Hierüber handeln die Darlegungen bei Huber, Schweizerisches Privatrecht, **4** 796—797. In diesem Kanton war die ältere Satzung unter dem Namen „engagère" bis zum Jahre 1850 in Uebung.

gebieten wiederum, in denen die kanonischen Prinzipien, wie das des Zinsverbotes, Geltung erlangt hatten, durfte ein Nutzungspfandvertrag nur in der Weise abgeschlossen werden, daß der Gläubiger sich den seine Unkosten bei der Nutzung übersteigenden Betrag auf das Kapital anrechnen lassen mußte, die Antichrese also in diesem Falle der germanischen Todsatzung ähnelte. In einer solchen Weise war die Antichrese anfänglich in Württemberg in dem ersten Landrecht von 1555[1] geregelt, ferner noch in einem Freiburger Stadtrecht von 1520[2] und im Hadeler Landrecht.[3] In anderen Landesteilen hingegen, in denen die römischen Grundsätze bereits zu großer Geltung gelangt waren, bildete sich auch die Antichrese entsprechend den römischrechtlichen Bestimmungen aus und zwar in der Weise, daß die die Zinsen des Kapitals übersteigenden Nutzungen auf das Kapital verrechnet werden mußten gemäß der auf S. 21 Anm. 1 der vorliegenden Arbeit dargelegten Art und Weise. Dieser Natur war die Behandlung des antichretischen Pfandvertrages im älteren bayrischen Recht,[4] ferner in dem kurtrierischen[5] und kurpfälzischen[6] Landrecht, auch in der Solmser Landordnung von 1571[7] und in einem späteren württembergischen Gesetz, der 6. Württembergischen Landordnung vom 17. August 1567,[8] die jedoch die Antichrese auch gestattete, ohne daß ihr Ertrag vom Hauptgute abgerechnet zu werden brauchte. Schließlich war in manchen Rechten nach dem Muster der altgermanischen Ewigsatzung der antichretische Vertrag in

---

[1] Dies war das erste württembergische Landrecht; es handeln hierüber die Ausführungen bei Wächter, Württembergisches Landrecht, I 1, 111.

[2] Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Pryßgow gelegen. VIII. Titel des anderen Tractats. Nr. 3: Welcher ligende verpfente güter nützet / der sol die Nutzung an der Houptsinn abziehen. Seite XLI.

[3] Verordnung des Hadelerischen Landgerichts und Rechtens zur Fortsetzung und Erhaltung der ordentlichen Justizien von 1717, Teil 2, Titel 8.

[4] Dies führt aus Roth, Bayrisches Zivilrecht, II T. 2 § 192 VIII, 192.

[5] Kurtrierisches Landrecht, Titel XIV § 2.

[6] Churfürstlicher Pfaltz bey Rhein erneuert und verbessertes Landrecht von 1611, Teil II, Titel XVI Nr. V.

[7] Der Grafschaft Solms und Herrschaften Münzenberg, Wildenfels und Sonnewald ꝛc. Gerichts- und Landordnung, wie sie 1571 publiziret worden. 6. Auflage Wetzlar 1773, Teil 2 Titel 15 § 2 S. 179—180.

[8] Hierüber die Ausführungen bei Wächter aaO. 111.

der Weise geregelt, daß dem Gläubiger die Nutzungen lediglich an Stelle der Zinsen zustanden. So behandelten neben anderen Gesetzen das Hamburgische Stadtrecht[1] und das Rheingräfliche Landrecht von 1754[2] die Antichrese, ferner noch das Trierer Landrecht für den Fall, daß der Besitzer von der Pflicht, sich die die Nutzungen übersteigenden Zinsen auf das Kapital anrechnen lassen zu müssen, befreit war.[3]

Es bestand also die Antichrese in vielen Partikularrechten. Andere Gesetzbücher dagegen sahen in der Einräumung eines derartigen Nutzungspfandrechtes ein wucherisches Geschäft und verboten aus diesem Grunde den Abschluß eines antichretischen Pfandvertrages ausdrücklich. Von älteren Gesetzen, die die Antichrese nicht zuließen, seien an dieser Stelle nur genannt der Züricher Ratschluß vom Jahre 1550[4] sowie ein Berner Gesetz vom Jahre 1539 und eine Baseler Verordnung vom Jahre 1611. Vor allem sind es aber eine Reihe neuerer Gesetze, die dem Nutzungspfandrecht abgeneigt waren und es für unzulässig erklärt haben, so das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 in den §§ 1371 und 1372,[5] das Großherzoglich-Hessische Gesetz vom 15. November 1858 im Art. 5 und Art. 169, das Nassauische Gesetz vom 15. Mai 1851 im § 10, das Lippische Gesetz, das Verbot der antichretischen Verpfändung von Grundstücken betreffend, vom 9. April 1859 in der Gesetzsammlung für das Fürstentum Lippe-Detmold, IV, 159—161 und das Weimarische Gesetz vom 6. Mai 1839 im § 5. Schließlich ist im Art. 124 des bayrischen Ausführungsgesetzes zur Zivilprozeßordnung bestimmt, daß an unbeweglichen Sachen oder an Rechten ein Besitz- oder Nutzungspfandrecht nicht bestehen dürfe. Zu den Gebieten,

[1] Hamburgisches Stadtrecht von 1603 Teil II, Titel 4 Art. 9. Hierüber handelt auch Gries-Westphalen, Kommentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603, 1 235.

[2] Rheingräfliches Landrecht vom 2. Mai 1754, Titel VII § 4. Hierüber handelt auch Maurenbrecher aaO. II, 292—94.

[3] Trierer Landrecht, Titel XIV § 2; hierüber auch Maurenbrecher aaO. II 147.

[4] Hierüber handeln die Ausführungen von Bluntschli, Züricher Rechtsgeschichte, 2 121 Anm. 72.

[5] Geller, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, 1079, 1080.

in denen der antichretische Pfandvertrag ausdrücklich zugelassen und gesetzlich geregelt war, gehört außer dem bereits erwähnten Frankreich und Sachsen[1] vor allem Preußen.[2]

Das allgemeine Landrecht behandelt im 1. Teil im 20. Titel in den §§ 139 ff. des eingehenden die antichretische Nutzung, und zwar bestimmt es in den §§ 139, 140, daß der Gläubiger im Falle der Hingabe einer fruchttragenden Sache zum Pfande die Sache zu verwalten hat und bei der Fruchtziehung „diejenigen Nutzungen, welche ihm nach Abzug der Kosten übrig bleiben, zunächst auf die vorbedungenen Zinsen und sodann auf den Hauptstuhl der Forderungen sich abrechnen muß." Die zum Pfande gegebene Sache konnte auch ein Grundstück gemäß § 145 ALR. I, 20 sein. Ein solcher Nutzungsbesitz des Grundstücks war nun im preußischen Recht teils als besonderes Recht sowohl neben Hypotheken als auch neben Grundschulden, teils als selbständiges Recht möglich.[3] Dies bestimmte ausdrücklich die preußische Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 im § 12. Der erste Absatz des genannten Paragraphen spricht von der Eintragung der Hypothek und der Grundschuld und der zweite Absatz von den „mit solchen Rechten" verbundenen Besitz- und Genußrechten. Diese sollen neben ihrer Eintragung bei den Rechten, zu denen sie bestellt sind — in der 3. Abteilung — zugleich in der 2. Abteilung zur Eintragung gelangen. Das für den Gläubiger nach den §§ 139 ff ALR. bestellte Nutzungsrecht wurde von der Praxis dahin ausgelegt, daß der Gläubiger vermöge des ihm zustehenden Verwaltungsrechtes die Einkünfte des Grundstücks unabhängig von dem Willen des Eigentümers in den vom Gesetz gegebenen Schranken ziehen konnte, und, da ihm dieses antichretische Nutzungsrecht „zur Befriedigung seiner Rechte aus dem Pfandvertrage"

---

[1] Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 § 478; hierüber Wengler, Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nebst Publikationsverordnung vom 2. Januar 1863, 76.

[2] Diese Verschmelzung der römischen Antichrese und der deutschrechtlichen Satzung zu dem Nutzungspfandrecht der neueren Zeit erörtert des eingehenden Gierke, Deutsches Privatrecht, 2 827, 828, Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht II 2 144 und 145, 202; Kohler aaO. § 12.

[3] Hierüber handelt insbesondere ein Beschluß des Kammergerichts vom 12. Oktober 1891, KGJ. 11 A 161—163.

eingeräumt war, stand ihm diese Befugnis so lange zu, bis seine Forderung getilgt war. Hatte er dann die Befriedigung seiner Rechte, z. B. aus der ihm zustehenden Hypothekenforderung erlangt, so erreichte damit auch der antichretische Pfandvertrag sein Ende.[1])

Dieser Gestalt war das Wesen der Antichrese, als die Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgte. Eine Aufnahme der früheren Antichrese in das neue Recht fand jedoch nicht statt. Die Verfasser vertraten den Standpunkt, daß zur dinglichen Sicherung des Gläubigers die Form der Hypothek ausreichend wäre. Eine Einräumung eines Besitz- und Nutzungsrechtes am Grundstück neben dieser dinglichen Sicherung komme nur in äußerst seltenen Fällen vor. Da infolgedessen das antichretische Pfandrecht fast völlig aus dem praktischen Geschäftsleben verschwunden sei, „erscheine es nicht angezeigt, eine besondere Kreditform neben der Hypothek zu erhalten oder zu schaffen".[2]) Durch diese Einführung des Verbotes der Begründung einer Antichrese erscheint es zweifelhaft, in welcher Weise sich die zur Zeit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehenden antichretischen Pfandverträge regeln. Allerdings bestimmt der Art. 184 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch, daß Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches belastet ist, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range, abgesehen von den Ausnahmefällen der Art. 192—195 des Einführungsgesetzes, bestehen bleiben. Fraglich ist jedoch, ob der antichretische Vertrag unter diese Bestimmungen zu rechnen ist. Diese Frage ist lebhaft umstritten.

Nach der einen Ansicht, die hauptsächlich von Habicht[3]), Niedner[4])

---

[1]) In dieser Weise legt das Kammergericht in einer Entscheidung vom 26. Mai 1900, OLGRspr. 1 262 die §§ 139 ff. des Allgemeinen Landrechts aus; ebenso auch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 23. September 1893; desgleichen Dernburg, Preußisches Privatrecht 1 § 339 2c; Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht III § 196 II.

[2]) In dieser Weise äußern sich die Motive zum I. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 3 630, in der zweiten Lesung ist dann die Antichrese nicht mehr zur Sprache gekommen.

[3]) Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 515, 516.

[4]) Das Einführungsgesetz, Bem. 5 f zu Art. 192.

und auch Freudenthal[1]) vertreten wird, kommt für die Beurteilung dieser Frage nicht die allgemeine Vorschrift des Art. 184 des Einführungsgesetzes, sondern die spezielle des Art. 192 zur Anwendung, welche bestimmt, daß ein zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstück bestehendes Pfandrecht von dieser Zeit an als ei.. Hypothek gilt, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist. Als ein solches Pfandrecht im Sinne des Art. 192 sei das antichretische Pfandrecht anzusehen. Aus diesem Grunde gebe allein der Art. 192 des Einführungsgesetzes die für die Umwandlung des antichretischen Pfandrechtes bestimmte Form. Das sich aus der Antichrese ergebende Recht auf Besitz und Genuß des Grundstücks könne keineswegs, weil es kein Pfandrecht sei, die Anwendung des Art. 184 des Einführungsgesetzes rechtfertigen, denn dieses Recht sei lediglich ein Teil des Gesamtrechtes, des Pfandrechts, und die etwa für diesen Teil geltende entgegengesetzte Uebergangsform könne die für das Gesamtrecht zur Anwendung gelangende nicht aufheben.[2]) Deshalb kommen Niedner aaO. und Freudenthal[3]) zu dem Schluß, daß aus der Antichrese des früheren Rechts eine „Normalhypothek" des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird. Dem ist aber vor allem entgegenzuhalten, daß es nicht möglich ist, daß eine Antichrese, welche neben einer Hypothek oder Grundschuld besteht, zugleich mit dieser sich ebenfalls in eine Hypothek verwandelt.[4])

Auch Habicht scheint dies zu empfinden, und er stellt darum die Behauptung auf,[5]) daß infolge der Bestimmung des Art. 192 des Einführungsgesetzes ein Fortbestand der Antichrese mit dinglicher Wirkung nicht möglich sei, und daß ein an einem Grundstück bestehendes antichretisches Pfandrecht nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches nur noch obligatorischen Charakter haben könne. Auch dieser Ansicht ist m. E. nicht stattzugeben. Wie oben dargelegt, ist das antichretische Pfandrecht des Allgemeinen Landrechts ein selbständiges, ding-

---

[1]) DJZ. 1900, 162–163 u. 270–271.

[2]) In diesem Sinne Niedner aaO. 408.

[3]) aaO. 163 und 271.

[4]) Hierauf weist besonders das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 27. Oktober 1900, 47 68 hin.

[5]) Habicht aaO. 516.

liches Recht, welches zum Besitze und Genuß des Grundstücks berechtigt. Hierin beruht die Eigenart der Antichrese. Aus diesem Grunde ist das Recht auf Besitz und Genuß nach Allgemeinem Landrecht nicht nur ein Nebenrecht des Pfandgläubigers, ein Teil des antichretischen Pfandinhalts, wie es Niedner aaO. nennt, sondern ein besonderes Recht, dessen Selbständigkeit sich schon aus der Eintragung in die zweite Abteilung des Grundbuches ergibt. Das antichretische Pfandrecht gehört jedoch, wie aus der Absicht der Gesetzgeber hervorgeht, nicht zu den „Pfandrechten an einem Grundstück," denn die Motive zu den Artikeln 112 und 113, den späteren Artikeln 192 ff. des Einführungsgesetzes,[1] sprechen allein von Hypotheken und Grundschulden; für die antichretischen Pfandrechte sollen aber die §§ 192 ff. nicht zur Anwendung kommen.

Hier gilt vielmehr die Vorschrift des Art. 184 des Einführungsgesetzes, nach der die bisher bestehenden antichretischen Pfandrechte auch nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Gültigkeit bleiben. Und zwar besteht die Antichrese auch mit dinglicher Wirkung noch nach dem 1. Januar 1900 und nicht, wie außer den Genannten noch Wilde[2] annimmt, der im übrigen zu der erörterten Meinung im Gegensatz steht, nur mit obligatorischer Wirkung. Denn die Antichrese ist ein selbständiges, seiner Natur nach dingliches Recht, welches der Eintragung im Grundbuch bedarf und daher durchaus als ein das Grundstück belastendes Recht im Sinne des Art. 184 des Einführungsgesetzes anzusehen ist.[3] Solange daher das Recht im Grundbuch eingetragen ist, besteht es fort. Sein Untergang kann erst mit der Löschung eintreten, und es ist m. E. kein Grund vorhanden, warum, wie Habicht aaO. 516 Anm. 2 behauptet, hierin ein Widerspruch mit dem Grundgedanken des Art. 192 des Einführungsgesetzes liegen soll. So nimmt denn auch die herrschende Meinung heute unbedenklich den Fortbestand der bei der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches bereits vorhandenen Nutzungspfandrechte mit dinglicher Wirkung an. So

---

[1] Motive zu den Artikeln 112 und 113, **1** 273.

[2] DJZ. 1900, 204.

[3] In diesem Sinne das Reichsgericht aaO. 63; ferner noch in einer Entscheidung vom 9. März 1901, **48** 63.

vor allem Planck Bem. 1 f zu Art. 192 EG.; Dernburg, Bürgerliches Recht **3** § 234 Anm. 3; Affolter, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechtes § 65, 263; Gierke, Deutsches Privatrecht, **2** 828: Biermann, Sachenrecht, Vorbem. 3 zu § 1113; Neumann, DJZ. 1900 154; Fuchs, Materielles Grundbuchrecht, Vorbem. 8a zum 8. Abschnitt, 379; Staudinger-Kuhlenbeck, Bem. IV zu Art. 184 EG. 370; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, **2** § 119 Ziff. 5, 80; Turnau-Förster I Vorbem. VIa zu § 1113, 714; das Reichsgericht in der eingehend begründeten Entscheidung vom 27. Oktober 1900, J.W. 1900, 821 ff; ferner in den Entscheidungen vom 10. November 1900, Gruchots Beitr. **45** 1048, vom 9. März 1901, JW. 1901, 273, vom 11. November 1903, JW. 1904, 5; das Kammergericht in dem Beschlusse vom 4. und dem Urteil vom 26. Mai 1900, DJZ. 1900, 233 und 323.

Bemerkt sei noch, daß in Hessen und Elsaß-Lothringen durch die Ausführungsgesetze ausdrücklich bestimmt ist, daß ein an einem Grundstück zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches bestehendes Nutzungspfandrecht als persönliches Recht anzusehen ist.[1]) Allerdings will Fuchs aaO. 379 diese Bestimmungen der Landesgesetze, weil sie im Widerspruch mit Art. 184 EG. ständen, nicht gelten lassen. Dies ist aber m. E. nicht richtig, denn der Art. 218 EG. bestimmt, daß die Landesgesetze, soweit sie trotz der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches maßgebend bleiben, nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auch durch Landesgesetze geändert werden können.[2]) Eine solche Aenderung geschieht aber durch die Bestimmungen der genannten Paragraphen der Ausführungsgesetze.

Ein Fortbestehen der unter dem alten Rechte in Gültigkeit gewesenen antichretischen Verträge ist also zulässig; hingegen kann nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches wegen der Unmöglichkeit, die Geschlossenheit der dinglichen Rechte zu erweitern, eine Antichrese nicht mehr begründet werden, und ein Vertrag, durch den der

---

[1]) So das Hessische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 17. Juli 1899, Art. 223 Abs. 2 und das Elsaß-Lothringische Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung vom 24. März, 1897 und 6. November 1899 im § 23.

[2]) Hierauf weist auch Biermann aaO. 299 hin.

Gläubiger „ein Grundstück in Bewirtschaftung nimmt", hat, wie auch die Motive[1]) hervorheben, lediglich obligatorische Wirkungen. Wenn nun zwar die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches der Ansicht waren, „für das Bestehen der Antichrese sei in der Jetztzeit kein praktisches Bedürfnis vorhanden," so lehrt die der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches folgende Rechtsentwicklung, daß diese Meinung nicht die richtige war. Mehrere Schriftsteller, wie Oberneck,[2]) Fuchs[3]) und auch Neumann[4]) heben daher ausdrücklich hervor, daß die Antichrese trotz ihrer Abschaffung wegen angeblich nicht genügenden praktischen Bedürfnisses, wenn auch in anderer Form, besonders für den großstädtischen Verkehr zu neuem Leben erstanden ist. Denn wenn jetzt die Einräumung eines Nutzungspfandrechtes am Grundstücke zur Sicherung des Hypothekengläubigers verboten ist, so sucht man den gleichen wirtschaftlichen Erfolg dadurch zu erreichen, daß man dem Gläubiger neben der ihm zustehenden Hypothek den Nießbrauch an dem Grundstücke des Schuldners einräumt.

Eine derartige Nießbrauchsbestellung darf aber dem Berechtigten nicht die gleiche Stellung gewähren wie dem früheren Nutzungspfandgläubiger, denn dann wäre sie als eine Umgehung der früheren Antichrese nichtig. Es bleibt mithin zu untersuchen, welche rechtliche Stellung der Nießbraucher, dem das Recht akzessorisch zu einer Hypothek bestellt ist, einnimmt. Durch die Bestellung des Nießbrauchs am Grundstücke des Schuldners hat der Gläubiger zwar die Befugnis, das Grundstück in vollem Umfange zu benutzen, er wird auch durch Vereinbarungen das Recht erhalten können, die von ihm gezogenen Nutzungen auf seine Forderung anzurechnen,[5]) dennoch wird er dieses Recht nur in den vom Gesetz gezogenen Schranken ausüben können.

---

[1]) 3 631.

[2]) aaO. 2 § 119 No. 5,80.

[3]) aaO. 1 378 No. 8a.

[4]) DJZ. 1900, 154.

[5]) Solche Abmachungen werden aber lediglich obligatorischen Charakter haben können. Eine Eintragung derselben im Grundbuche kann daher, wenn auch der „Nießbrauch" eingetragen werden kann, nicht stattfinden. Dieser Ansicht Fuchs aaO. 378; Turnau-Förster aaO. 681; Oberneck aaO. 81; ferner das Kammergericht in einer Entscheidung vom 15. Dezember 1902, KGJ. 25 A 292.

Vor allem wird ihm also das Nutzungsrecht entsprechend der Vorschrift des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches nur so lange zustehen können, als er selbst lebt. Denn das Gesetz verbietet die Vererblichkeit des Nießbrauchs auch für den Fall, daß beim Tode des Nießbrauchers die Forderung noch besteht, und legt ferner wegen der Unübertragbarkeit des Nießbrauchsrechtes dem Nießbraucher noch weitere Beschränkungen auf. Demgegenüber war aber die Antichrese ein uneingeschränkt, bis zur Tilgung der Forderung bestehendes Nutzungsrecht, welches auch jederzeit auf andere übertragen werden konnte.

Aus diesem Grunde wird von mehreren Schriftstellern, welche sich unbedenklich für die Zulässigkeit einer akzessorischen Nießbrauchsbestellung neben einer Hypothek aussprechen, die Einräumung eines solchen Nießbrauchs als ein nur unzureichendes Ersatzmittel zur Erlangung des gleichen wirtschaftlichen Erfolges, wie bei der Antichrese, angesehen.[1]) Es würde nun m. E. keineswegs dem Zwecke des neuen Rechts entsprechen, wenn man es nicht zulassen wollte, durch eine den Vorschriften des heutigen Rechts genügende Nießbrauchsbestellung den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie durch die frühere Antichrese, nämlich die Erhöhung der Sicherheit des Gläubigers herbeizuführen. Denn es wäre eine Erschwerung des Kreditverkehrs, wollte man dem Gläubiger die Möglichkeit entziehen, sich trotz des früheren verbotenen durch Anwendung eines jetzt geltenden, ähnlichen Rechtsinstituts zu sichern. So ist denn in einer Nießbrauchsbestellung neben einer bereits bestehenden Hypothekenforderung sowohl von der Theorie wie von der Praxis keineswegs die Erreichung eines Erfolges gesehen worden, den das Gesetz mißbilligt und deshalb verhüten will. Außer den bereits Genannten erklären deshalb die Einräumung eines solchen Nießbrauchsrechtes für zulässig vor allem Endemann, der in seinem Lehrbuch[2]) ausdrücklich hervorhebt, daß eine Nießbrauchseinräumung an Stelle des unzulässigen Nutzungspfandrechtes sehr wohl möglich sei, und daß es insbesondere gestattet sei, „für eine Darlehnsforderung dem Gläubiger zur „mehreren Sicherheit" noch ein Nießbrauchsrecht an dem Grundstücke des Schuldners einzuräumen." Die gleiche Ansicht haben Fuchs aaO. 178; Oberneck 2

[1]) So vor allem von Planck 3 Vorbem. 2 g zu § 1113; Biermann aaO. Bem. 3 zu § 1113, 299; Neumann aaO. 154.

[2]) 2 § 114 3a Anm. 15 715.

80, 81; Achilles-Strecker, die Grundbuchordnung, 69 Nr. 3; Dernburg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, **3** § 234 II; Endemann **3** § 103 1c 645 Anm. 16; Cosack **2** § 232 4 VI b. Auch die Praxis hat sich des öfteren für die Zulässigkeit einer Nießbrauchsbestellung neben einer Hypothek ausgesprochen; so vor allem das Reichsgericht in den Entscheidungen vom 28. April 1886, **16** 1 und 2 und vom 3. Februar 1908, **67** 379, sowie das Kammergericht außer in der bereits angeführten Entscheidung vom 15. Dezember 1902 KGJ. **25** 292, ferner in einer Entscheidung vom 27. März 1907, KGJ. **34** A 263; schließlich noch das OLG. Dresden in einer Entscheidung vom 4. April 1906 Lobe's ZBlFfG. **8** 250 No. 254. Allerdings darf bei der Einräumung eines solchen Nießbrauchs nicht die Eigenart des Rechtes verletzt werden, insbesondere darf die Ausübung nicht die vom Gesetz gezogenen Schranken überschreiten. Deshalb ist die Eintragung eines Nießbrauchs in der Weise, wie sie im Falle der Entscheidung des Kammergerichts vom 15. Dezember 1902 (KGJ. **25** A 290 ff.) erfolgen sollte, mit Recht abzulehnen. Dort hatte die von den Parteien gemäß § 29 der Grundbuchordnung vorgelegte Urkunde die Verabredung enthalten, daß der Nießbrauch dem Hypothekengläubiger bis zur vollständigen Tilgung der Buch- und Hypothekenforderungen gegen den Eigentümer zustehen sollte, und die Parteien verlangten die Eintragung dieses „Nießbrauchrechtes". Sie beabsichtigten also, ihren Abmachungen durch die Eintragung im Grundbuch sämtlich einen dinglichen Charakter zu verschaffen. Aus folgenden Gründen ist aber eine derartig umfassende Nießbrauchsbestellung unzulässig. Würde die unter den Parteien getroffene Abrede zur Eintragung gelangen, so stände damit dem Hypothekengläubiger ein Nießbrauchsrecht zu, das ohne Rücksicht auf seine Lebensdauer, selbst über seinen Tod hinaus, bis zur endgültigen Tilgung der Schuld in Gültigkeit bliebe. Darin liegt aber eine Verletzung eines der wesentlichsten Merkmale des Nießbrauchsrechts, nämlich der Vorschrift des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Eine Vereinbarung der Parteien bei der Bestellung des Nießbrauchs, die in einer Umgehung dieser Vorschrift besteht, würde daher als ein Rechtsgeschäft anzusehen sein, welches, als gegen ein gesetzliches Verbot — nämlich das der Nießbrauchsbestellung über den Tod der Person oder das Bestehen der juristischen Person hinaus — verstoßend, gemäß § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nichtig wäre. Aller-

dings wäre vorerst nur der Teil des Rechtsgeschäft nichtig, der die Vereinbarung enthält, daß das Nießbrauchsrecht bis zur endgültigen Tilgung der Forderung ohne Rücksicht auf die Lebensdauer des Berechtigten bestehen soll. Da aber nicht angenommen werden kann, daß es ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, denn dies war ja gerade der Hauptzweck der Einräumung des Rechtes, so ist damit gemäß § 139 des Bürgerlichen Gesetzbuches das ganze Rechtsgeschäft nichtig geworden, oder, wie das Kammergericht[1]) im wesentlichen argumentiert, durch den Abschluß eines die hauptsächlichsten Merkmale des Nießbrauchs überschreitenden Bestellungsvertrages erfolgt überhaupt keine Nießbrauchsbestellung, sondern die Schaffung eines neuen selbständigen dinglichen Rechts, nämlich des nicht mehr bestehenden Nutzungspfandrechtes, was aber nach den Grundsätzen der Geschlossenheit der dinglichen Rechte nicht gestattet ist. Allerdings wird den Parteien die Möglichkeit zuzugestehen sein, obligatorische Vertragsabreden über die Dauer der Ausübung des Nießbrauchs zu treffen. Es erfordert dies schon der heute herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, dingliche Wirkungen werden aber dadurch nicht erzielt werden können, und eine Eintragung dieser Vereinbarungen im Grundbuche wird daher nicht zuzulassen sein. Infolge dieser Umstände erscheint es m. E. nicht begründet, wenn das Kammergericht in einem späteren Beschluß vom 27. März 1907[2]) in einem ähnlichen Falle zu der entgegengesetzten Ansicht gelangt. Dort hatte jemand den Antrag zur Eintragung einer Darlehnshypothek von 3000 M und zur gleichzeitigen Eintragung eines Nießbrauchs für den Gläubiger gestellt, mit der Abrede, daß dieser Nießbrauch erlöschen solle, wenn der Gläubiger wegen der Darlehnsforderung von 3000 M volle Befriedigung erhalten habe. Ferner war vereinbart worden, daß der Gläubiger berechtigt sein solle, sich an den aus dem Grundstück eingehenden Mieten wegen seiner 3000 M zu befriedigen. Er sollte aber aus den Mieten nichts entnehmen dürfen, bevor nicht die sämtlichen Lasten des Grundstücks, wie Steuern, Hypothekenzinsen davon berichtigt seien. Es war beantragt worden, diesen „Nießbrauch" einzutragen. Das Kammergericht hat diese Eintragung für zulässig gehalten. Es begründet seine Ansicht damit,

[1]) aaO. 293.

[2]) KGJ. 34 No. 64 A 263; auch abgedruckt in OLGRspr. 15 367—369; der gleichen Ansicht auch Oberneck 2 82.

daß aus dem vorliegenden Eintragungsantrag im Gegensatz zu dem in seinem Beschluß vom 15. Dezember 1902 keineswegs hervorgehe, daß der Schuldner dem Gläubiger ein Nutzungsrecht ohne Rücksicht auf seine Lebensdauer, selbst über seinen Tod hinaus, einräumen wolle. Hier hätten die Parteien noch die Absicht, einen „wahren" Nießbrauch zu bestellen, und selbst wenn ihr Eintragungsantrag die Bemerkung enthalte, daß der Nießbrauch dem Gläubiger bis zur vollen Befriedigung wegen seiner Darlehnsforderung zustehen solle, so sei damit noch keine, die Bestimmung des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches aufhebende Vertragsabrede getroffen worden. Vielmehr behalte der § 1061 trotzdem seine Gültigkeit, und zu dem in ihm enthaltenen gesetzlichen Aufhebungsgrund sei ein neuer vertraglicher hinzugekommen. Dieser Argumentation ist aber m. E. nicht zu folgen. Zunächst wird ein Unterschied der Vertragsurkunden bei dem Beschlusse aus dem Jahre 1902 und bei dem aus dem Jahre 1907 schwerlich zu finden sein. Denn auch in dem Vertrage aus dem Jahre 1902 hatte der Grundstückseigentümer dem Gläubiger den Nießbrauch lediglich unter der Bedingung eingeräumt, daß er das Grundstück wie ein Eigentümer verwalten, es insbesondere durch Vermietung ꝛc. ausnutzen solle, daß er verpflichtet sein soll, die Grundstückslasten zu tragen und nach Begleichung aller Ausgaben die übrigbleibenden Beträge von seinen Forderungen abzuziehen, und daß der Nießbrauch schließlich, wie schon dargelegt, bis zur vollständigen Tilgung der Buch- und Hypothekenforderungen des Nießbrauchers gegen den Eigentümer bestehen solle. Wenn nun das Kammergericht ausführt, daß die Eintragung aus dem Jahre 1902 deshalb zurückgewiesen werden müsse, weil die Eintragung des „Nießbrauchs*rechtes*" beantragt worden sei, und hierin eine Verweisung auf die unzulässigen, dem Wesen des Nießbrauchs widersprechenden Vereinbarungen des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts zu sehen sei, so spricht es damit gegen sich selbst. Denn im Falle des Beschlusses aus dem Jahre 1907 enthält sogar der notarielle Vertrag, wie oben erörtert, diese unzulässigen, dem Nießbrauch widerstrebenden Vertragsabreden. Es ist aber m. E. nicht anzuerkennen, daß in der Bestimmung, der Nießbrauch solle bis zur Tilgung der Darlehnsforderung bei Bestand bleiben, kein dem Wesen des Nießbrauchs zuwiderlaufendes Moment liege, und deshalb gegen seine Eintragung Bedenken nicht erhoben werden können. Wenn das Kammergericht argumentiert, daß trotz des Vorhandenseins eines derartigen Vermerkes die Bestimmung des § 1061

des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht aufgehoben, sondern nur ein neuer Endigungsgrund für den Fall hinzugefügt werde, daß die Tilgung der Forderung bereits vor dem Tode des Berechtigten erfolge, so geht dieser Zweck der Bestimmung aus der Eintragung selbst keineswegs hervor. Wenn auch die Absicht der Parteien bei der Bestellung des Nießbrauchsrechtes eine derartige gewesen sein mag, so kann allein aus der Eintragung der Bestimmung, daß der Nießbrauch bis zur Tilgung der Forderung gültig bestehen bleiben solle, nicht gefolgert werden, daß trotzdem die gesetzlichen Endigungsgründe des Nießbrauchs in den §§ 1061 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Anwendung gelangen sollen. Es ist m. E. zu weitgehend, einen solchen Schluß zu ziehen. Wäre eine derartige Vertragsabrede im Grundbuch eingetragen, so könnte sich z. B. ein Erbe des Nießbrauchers nicht ganz mit Unrecht auf sie mit der Behauptung berufen, die Forderung sei noch nicht getilgt, infolgedessen stände ihm auch noch der Nießbrauch an der Sache zu. Durch die Zulassung der Eintragung einer solchen Vertragsabrede würde daher die Sicherheit des Grundbuchverkehrs erheblich gefährdet werden. M. E. ist daher stets die Eintragung eines Nießbrauchs mit der Bestimmung, daß derselbe bis zur Tilgung der Forderung dem Berechtigten zustehen solle, als dem Wesen des einzutragenden Rechts widersprechend abzulehnen. Diesen Standpunkt vertritt noch das OLG. Posen in einer Entscheidung vom 7. Februar 1907, OLGRspr. **15** 370.

Anderseits darf aber durch die Bestellung des Nießbrauchs dem Berechtigten auch nicht eine geringere Befugnis eingeräumt werden, als ihm nach dem Gesetze zusteht. So ist es vor allem unzulässig, einen Nießbrauch nur in der Weise zu bestellen, daß der Nießbraucher einzelne Nutzungen der Sache zu ziehen berechtigt sein solle. Allerdings ist es möglich, den Nießbrauch durch Ausschluß einzelner Nutzungen zu beschränken, eine Vertragsabrede jedoch, laut welcher der Nießbraucher nur bestimmte Nutzungen und in bestimmter Weise zu ziehen befugt ist, ist, als den wesentlichen Merkmalen des Nießbrauchs widersprechend, nicht zu gestatten. Abgesehen von obligatorisch wirkenden Abmachungen unter den Parteien kann eine Eintragung einer solchen Vertragsabrede im Grundbuch nicht erfolgen. Diese Ansicht, die schon in den Motiven[1]) sich

[1]) Motive **3** 493.

findet, hat hauptsächlich das OLG. Celle in einem Urteil vom 23. Oktober 1902, OLGRspr. 6 121 zum Ausdruck gebracht.[1])

Erwähnt sei zum Schluß noch folgendes:

Auf Grund der Bestimmung des § 1036 des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht dem Nießbraucher das Recht zum Besitze der Sache, der „Nutzbesitz“ [2]) der Sache, wie er von der Literatur genannt wird, zu. Diese Vor-

---

[1]) Auf dem gleichen Standpunkt stehen ferner das Kammergericht in einem Beschluß vom 18. April 1900, OLGRspr. 2 211, sowie Staudinger 3 Bem. II zu § 1030; Turnau-Förster 1 Anm. III zu § 1030; Oberneck 2 81, 82; Planck Bem. 2 zu § 1030; Dernburg, Lehrbuch 3 574 II, 2; Cosack, Bürgerliches Recht II 5; Böhm, Reichsgrundbuchrecht Anm. zu § 1061 und S. 374 und Willenbücher, Liegenschaftsrecht und Reichsgrundbuchordnung, Anm. 2 zu § 1061, 115.

[2]) Dieser Ausdruck, der wie Bähr in seinem Aufsatz: „Ein weiterer Beitrag zum Bürgerlichen Gesetzbuch“ (ArchBürgR. 2 Anm. zu § 7 des Abschnitts IV) seine Entstehung einer Anregung Prof. Ecks verdankt, ist von der Literatur fast einstimmig angenommen worden. Allerdings sind mehrere Schriftsteller, wie z. B. Cosack und auch Gierke, dem nicht gefolgt und haben andere Bezeichnungen gewählt; so Gierke: „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht“ (6 Anm. 10, Fischers Abhandl. 1), der auch den Nießbrauchsbesitz „beschränkten Besitz“ nennen will. Der rechtliche Charakter des Ausdrucks „Nutzbesitz“ wird bereits von Bähr in seinem Gegenentwurf, der gegen die Formulierung der Besitzlehre des I. Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches gerichtet war (aaO. § 6, 118) dahin gegeben, daß Nutzbesitzer eine Person ist, welche eine ihr nicht gehörige Sache, wenn auch nicht wie ein Eigentümer — da neben dem Nutzbesitz noch das Eigentum eines anderen anerkant wird, — dennoch aber zu eigenem Vorteil, „zu eigenem Nutzen“ besitzt. Strohal („Zum Besitzrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,“ JheringsJ. 29 360 und „Der Sachbesitz nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“ aaO. 38 14) nennt dies „Innehabung zu beschränktem Rechte“, eine Bezeichnung, die zwar für den I. Entwurf als richtig anzuerkennen ist, die jedoch durch das Inkrafttreten des Gesetzes, in welchem demjenigen, der eine Sache zu eigenem Vorteile besitzt, volle Besitzrechte verliehen wurden, beseitigt worden ist. Der „Nutzbesitz“ ist also eine Unterart desjenigen Besitzes, der von der gesamten Literatur, so vor allem von Dernburg (3 § 13 1b), Endemann (3 § 31 1c), Crome (3 § 344 II b 1), Windscheid-Kipp (1 793 2d), Cosack (2 § 185 V), Staudinger (Anm. 4 zu § 873) und Plank (Vorbem. 4 zu § 854, 28) „Fremdbesitz“ genannt wird, eine Bezeichnung, die m. E. am treffendsten den Unterschied desjenigen, dem die Sache zu eigen gehört oder nicht — wie das beim Nießbraucher der Fall ist — charakterisiert; denn wenn eine Sache nicht der Eigentümer besitzt, so besitzt sie eben, falls sie nicht herrenlos ist, ein Fremder. Ein Fall dieses Fremdbesitzes, wie man ihn beim Entleiher, Mieter, Pächter und Pfandgläubiger findet, liegt nun insbesondere auch beim Nießbraucher vor.

schrift des § 1036 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist insofern nicht zwingender Natur, als sie dadurch, daß sie dem Nießbraucher ein Recht in die Hand gibt, für ihn die Möglichkeit offen läßt, mit dem Eigentümer Vereinbarungen abzuschließen, ob er dieses Recht in Anspruch nehmen will oder nicht. So kann es geschehen, daß er das ihm zustehende Recht zum Besitze der Sache nicht ausüben kann oder will — dies wird vor allem bei der Bestellung eines Nießbrauchs für eine Gesellschaft, wie sie hier vorliegt, des öfteren der Fall sein — und er deshalb mit dem Eigentümer übereinkommt, daß ein Dritter für ihn und den Eigentümer das Besitzrecht des § 1036 ausübt. Eine solche Vertragsfreiheit den Parteien zuzugestehen, entspricht m. E. schon dem Verkehrsbedürfnis. Die Motive[1]) erwähnen allerdings die Zulässigkeit einer derartigen, vom § 1036 abweichenden Vereinbarung nicht. Sie lassen vielmehr die Möglichkeit der Beschränkung des Innehabungsrechtes des Nießbrauchers z. B. durch Bildung eines der Sequestration ähnlichen Verhältnisses, dahingestellt. Damit kann aber keineswegs auf das Gegenteil, die Unmöglichkeit, geschlossen werden; hingegen hat es viel mehr für sich, infolge dieser unbestimmten Ausdrucksweise der Motive anzunehmen, daß es den Parteien freistehen solle, über das Besitzrecht des Nießbrauchers die Vertragsabreden zu treffen, welche sie wollen. Denn was sollte, wie Dernburg[2]) richtig sagt, „das Recht für ein Interesse haben, dem entgegenzutreten"? So wird denn heutzutage der Abschluß derartiger abweichender Parteivereinbarungen unbedenklich zugelassen. Ausdrücklich erwähnen dies Plank Anm. 1 zu § 1036, Dernburg **3** § 187 1 und Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1036.

Die Entstehung der der Gesellschaft zustehenden Rechte ist also nach den bisherigen Erörterungen gültig erfolgt.

Welche Wirkungen üben aber nun die Veränderungen der Gesellschaft auf diese Rechte aus?

---

[1]) **3** 497.

[2]) **3** 610.

Abschnitt III.

Eintritt neuer Gesellschafter in die Gesellschaft.

§ 5.

Möglichkeit des Eintritts neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts.

Die im Bürgerlichen Gesetzbuch über die Gesellschaft enthaltenen Vorschriften geben keine ausdrückliche Regelung über den Eintritt neuer Gesellschafter, ohne daß dadurch die Gesellschaft aufgelöst wird. Die einzige gesetzliche Bestimmung, die auf die Zulässigkeit eines solchen Eintritts neuer Gesellschafter schließen läßt, findet sich im § 727, der davon handelt, daß die durch den Tod eines Gesellschafters im allgemeinen bedingte Auflösung der Gesellschaft durch Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages verhütet werden kann, so daß entsprechend den eventuellen Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrage die Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt werden kann. Im übrigen gibt das Gesetz nur für den Fall des Ausscheidens einzelner Gesellschafter in den §§ 736—738 die Möglichkeit des Fortbestandes der Gesellschaft ohne Eintritt einer Auflösung. Aus diesem Grunde wurde lange Zeit die Ansicht vertreten, die allerdings heute fast einstimmig verworfen wird, daß das Gesetz, wenn es außer dem Fall des § 727 Abs. 1 einen Eintritt neuer Gesellschafter für zulässig hätte erachten wollen, ausdrückliche Bestimmungen über den Vorgang dieses Eintritts gegeben hätte. Da aber für diesen Fall eine gesetzliche Regelung sich nicht vorfindet, das Gesetz also hier eine Lücke zeigt, so ist damit ein Weiterbestehen der bisherigen Gesellschaft mit einem neu hinzutretenden Gesellschafter ausgeschlossen.[1] Eine Identität der früheren Gesellschaft mit der durch den Eintritt neuer Gesellschafter veränderten könne nicht an-

[1] Diese Ansicht vertritt vor allem das HanseatOLG. Hamburg in einer Entscheidung vom 29. Mai 1902, OLGRspr. 5 380.

genommen werden. Aus diesem Grunde sei auch ein Fortbestand der alten Gesellschaft nicht ohne weiteres möglich. Es müsse vielmehr im Falle des Eintritts neuer Gesellschafter stets eine Auflösung der alten Gesellschaft und eine Neugründung zwischen den neu eintretenden und den bisherigen Gesellschaftern stattfinden. Diese Ansicht wurde früher vertreten von Plank in der ersten und zweiten Auflage[1]) seines Kommentars, ebenso Enneccerus in der 2. Auflage,[2]) Cosack in der 1. und 2. Auflage[3]) Oertmann in der 1. Auflage[4]) und Knoke in seiner bereits zitierten Schrift: „Das Recht der Gesellschaft“[5]), der jedoch später in dem Aufsatz: „Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch“[6]) seine Ansicht geändert hat, schließlich Ehrenberg „Der Gesellschaftsvertrag“, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 4[7]), welcher ebenfalls in neuerer Zeit zur gegenteiligen Ansicht übergegangen ist.[8]) Auch heute stehen auf diesem Standpunkt neben Seinsch[9]), Kopp[10]), vor allem Neumann[11]) in seiner Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, und auch Meißner, „Das Bürgerliche Gesetzbuch“[12]) hält hinsichtlich des ebenfalls den Gesellschaftsvorschriften unterstehenden, nicht rechtsfähigen Vereins in der Regel den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zwischen den bisherigen und den neuen Vereinsmitgliedern für erforderlich, eine Ansicht, die auch von Achilles-Strecker[13]) geteilt wird.

Diese Theorie bedeutet jedoch eine Rückkehr zu der individualistischen Auffassung des Gesellschaftsverhältnisses im römischen Recht. Das römische

---

[1]) 1. Aufl. 2 480.

[2]) aaO. 742—743.

[3]) aaO. 2 389.

[4]) aaO. 467.

[5]) aaO. 131—133.

[6]) ArchBürgR. 20 172.

[7]) 2. Aufl. Jena 1900, 4 233.

[8]) 3. Aufl. Jena 1909, 4 726.

[9]) Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft, Rostocker Dissertation 1901, 19.

[10]) Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Erlanger Dissertation 1902, 22.

[11]) 5. Aufl. 1909, Anm. 2g zu § 54, 62.

[12]) 1 Anm. 3 zu § 54, 56.

[13]) Die Grundbuchordnung, 352, Nachtrag zu Seite 39.

Recht gestattet überhaupt nicht den Eintritt neuer Mitglieder in die societas, ohne daß eine Auflösung derselben stattfand; selbst für den Fall, daß für einen verstorbenen Gesellschafter dessen Erbe in die Gesellschaft eintreten will, verlangte es die Auflösung der früheren Gesellschaft und den Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages mit dem Erben. Dies spricht vor allem l 59 pr. D. 17,2, ferner noch l 35 und l 52 § 9 D. eod. aus. Doch schon zur Zeit des Allgemeinen Landrechts ging die Ansicht der herrschenden Meinung dahin, daß durch den Eintritt neuer Mitglieder eine solche Gesellschaft — eine „erlaubte Privatgesellschaft", wie sie das Allgemeine Landrecht nannte[1]) — wegen ihres straffen Zusammenhaltes und der Selbständigkeit des ihr zustehenden Sondervermögens eine Aenderung nicht erleide, und deshalb der Eintritt neuer Mitglieder ohne Auflösung der bisherigen Gesellschaft und ohne Neugründung unbedenklich zuzulassen sei. Auf diesem Standpunkte stehen Dernburg, Preußisches Privatrecht I § 59, 124; Gierke, die Genossenschaftstheorie 106; Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 4 282 und Rosin, Zur Lehre von der Korporation und der Gesellschaft, insbesondere der erlaubten Privatgesellschaft nach Allgemeinem Landrecht und heutigem preußischen Recht, Gruchots Beitr. 27 127.

Auch heute lassen sich wichtige praktische und theoretische Gründe gegen die von den oben genannten Schriftstellern vertretene Ansicht geltend machen. Zwar ist auch jetzt noch in Uebereinstimmung mit dem römischen und gemeinen Rechte die Grundlage der Gesellschaft ein obligatorisches Vertragsverhältnis unter den Parteien. Es widerspricht jedoch einerseits keineswegs dem Charakter dieses obligatorischen Vertragsverhältnisses, wenn an Stelle der bisherigen Zahl von Kontrahenten durch den Eintritt des neuen Gesellschafters ein oder mehrere neue Kontrahenten hinzukommen, anderseits ist dieses Verhältnis nicht ausschließlich obligatorischer Natur. Die heutige Rechtsauffassung betrachtet diese unter den Gesellschaftern bestehende obligatio nicht mehr wie das römische Recht als ein festgefügtes iuris vinculum unter den Vertragsparteien — ein vinculum inter „certas" personas, wie es Zitelmann in seiner Schrift „Begriff und Wesen der juristischen Person" nennt. Wäre dies der Fall, dann wäre allerdings beim Eintritt neuer Personen in dieses Vertragsverhältnis

[1]) ALR. II, 6 §§ 11 ff.

ein Neuabschluß des obligatorischen Vertrages erforderlich. Es wird jedoch nach heutiger Anschauung diese anfänglich obligatorisch verbundene Personenmehrheit, wie schon oben erörtert, zu einer festeren Einheit, der Gesamthandsgemeinschaft, zusammengefaßt. Ihr hauptsächlichstes Merkmal ist das selbständige Gesellschaftsvermögen, und kraft dieser Sonderheit erhält sich sowohl dieses wie überhaupt die Gesellschaft trotz des Wechsels ihrer Mitglieder bei Bestand.

Wenn nun von seiten der Gegner erwidert wird, daß dadurch der heute bestehende persönliche Charakter der Gesellschaft nicht gewahrt bleibe, so wird die herrschende Ansicht auch dem gerecht, indem sie als Voraussetzung für den Eintritt eines neuen Gesellschafters das Erfordernis aufstellt, daß die übrigen Gesellschafter mit dem Eintritt des neuen einverstanden sind. Es wird hierzu einer einstimmigen Entscheidung sämtlicher Gesellschafter bedürfen. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters wird sich nicht allein auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses ermöglichen lassen, noch viel weniger wird ein Gesellschafter, etwa der mit der Geschäftsführung betraute, durch Vertrag mit einer dritten Person deren Eintritt in die Gesellschaft bewirken können. Eine solche Vereinbarung wird vielmehr eine Aenderung des bisherigen Gesellschaftsvertrages dergestalt erfordern, daß die alte Gesellschaft durch den Beitritt des neuen eine Erweiterung erfährt, und daß der neue Gesellschafter ebenfalls einen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen erhält und am Gewinn und Verlust sich beteiligt. Eine Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zu dieser Aenderung des Gesellschaftsvertrages wird schon deshalb erforderlich sein, weil es, wie Knoke in seiner bereits erwähnten Abhandlung, „Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft“ [1]) treffend ausführt, dem einzelnen Gesellschafter nicht zugemutet werden kann, plötzlich einen neuen, ihm vielleicht nicht gefallenden Gesellschafter an Stelle eines andern dulden zu müssen. Insoweit wird also auch das Bürgerliche Gesetzbuch der Individualität der Gesellschafter gerecht; zu weitgehend würde es jedoch sein, wollte man die Möglichkeit des Eintritts eines Gesellschafters in die Gesellschaft auch ausschließen, wenn alle Gesellschafter damit einverstanden sind. Denn dann wollen sie ja, wie Gierke [2]) hervorhebt, durch den Abschluß des Vertrages mit dem

[1]) aaO. 172.
[2]) aaO. 26.

Eintretenden das bisherige Band garnicht lösen, „sie wollen nicht als unverbundene Personenmehrheit von neuem miteinander, sondern in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit mit dem neuen Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag abschließen, und das Gesellschaftsvermögen soll keinen Augenblick aufhören, ein geschlossenes Sondervermögen zu sein, sondern soll nur einen neuen Teilhaber empfangen."[1])

Fraglich ist nun, ob der Vertrag, den die Gesellschaft mit dem neu Aufzunehmenden abschließt, einer Form bedarf. Die Ansichten darüber gehen auseinander. Auf der einen Seite[2]) wird behauptet, daß wegen der Vorschriften der §§ 311 und 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dieser Vertrag dann einer Form und zwar der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe, wenn es sich einerseits um ein umfangreicheres Gesellschaftsvermögen handele, anderseits wenn Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören. Durch die Vorschrift des § 311 wird zunächst bestimmt, daß ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Diese Vorschrift kann aber keineswegs auf den hier vorliegenden Fall angewendet werden. Dadurch, daß die Gesellschafter mit dem neuen den Aufnahmevertrag abschließen, ist der Eintritt des neuen Gesellschafters in die Gesellschaft vollzogen. Mit diesem Augenblick erwirbt der hinzukommende Gesellschafter bereits seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen. Wie weiter unten noch des näheren dargelegt werden wird, bedarf es keiner besonderen Uebertragungsakte, um dem neuen Gesellschafter die Anteilungsberechtigung an dem Vermögen der Gesellschaft zu verschaffen. Die Gesellschafter übernehmen infolgedessen bei dem Abschluß des Aufnahmevertrages auch nicht die Verpflichtung, das Gesellschaftsvermögen an den neuen Gesellschafter zu übertragen, sondern dieser Uebergang vollzieht sich kraft der persönlichen Natur des Vertrages mit dessen Abschluß.

Das Gleiche gilt für den Fall des § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Auch wenn zum Vermögen der Gesellschaft Grundstücke

---

[1]) In diesem Sinne auch Jörges, Goldschmidts Z. („Zur Lehre vom Miteigentum"), 49 212, 213; Knoke aaO. 172.

[2]) So vor allem Nagler in der bereits zitierten Schrift: „Die gesamte Hand in der Gesellschaft", SächsArch. 10 745 ff.

gehören, übernehmen die Gesellschafter bei Abschluß des Aufnahmevertrages mit dem neu Eintretenden nicht die Verpflichtung, das ihnen an diesem Grundstücke zustehende Eigentum auf dem hinzukommenden zu übertragen. Hier würde jedoch dann ein anders zu beurteilender Fall vorliegen, worauf auch Knoke[1] ausdrücklich hinweist, wenn der neu eintretende Gesellschafter aus seinem Vermögen zu dem der Gesellschaft ein Grundstück einbringt. In diesem Vertrage wird der neu eintretende Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber die Verpflichtung übernehmen, das ihm bisher zu Eigentum gehörende Grundstück auf die Gesellschaft zu übertragen. Und ein solcher Vertrag wird daher gemäß § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen. Der Abschluß des Aufnahmevertrages der Gesellschaft mit einem neuen Gesellschafter geschieht jedoch sonst in formloser Weise. Diese Ansicht vertreten außer dem bereits genannten Knocke vor allem noch Planck **2** Bem. 2 zu § 736, 773; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 26 Anm. 38a und Staudinger, Bem. 2 c zu § 736.

Es läßt sich aber nicht allein aus den bisher dargelegten theoretischen Gründen die Annahme der Möglichkeit des Eintritts neuer Gesellschafter in die Gesellschaft folgern; auch ungeheure praktische Schwierigkeiten würden sich aus der gegenteiligen Ansicht ergeben. Da nämlich laut § 54 des Bürgerlichen Gesetzbuches die für die Gesellschaft geltenden Vorschriften auch auf nicht rechtsfähige Vereine zur Anwendung gelangen, so würde hier jedesmal eine Auflösung des Vereins notwendig sein, wenn ein neues Mitglied aufgenommen werden soll, „eine", wie Gierke[2] m. E. mit Recht ausruft, „dem Leben hohnsprechende juristische Konstruktion"! Man denke sich einen Gesangverein oder einen Schwimmklub, der jedesmal erst aufgelöst und neu gegründet werden muß, damit ein neuer Sänger oder Schwimmer eintreten kann, vor allem da doch bei einem solchen Verein, wie Oertmann[3] hervorhebt, Austritt und Eintritt von Mitgliedern geradezu Lebensbedingung ist. So bezeichnen denn besonders noch Staudinger[4], Hell-

[1] aaO. 183.
[2] aaO. 26.
[3] aaO. Anm. 3 zu § 736.
[4] II, 2 Anm. II zu § 736 1175.

wig[1]), Meurer[2]) und Fürges[3]) die Konsequenz der gegenteiligen Ansicht als ungeheuerlich. Ferner könnte aber durch die Annahme der Unmöglichkeit des Beitritts neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in entsprechender Weise auch angenommen werden, daß der Eintritt neuer Gesellschafter in eine offene Handelsgesellschaft nicht stattfinden könne. Denn auch das Handelsgesetzbuch enthält an keiner Stelle eine Vorschrift darüber, ob der Eintritt eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft erlaubt ist. Im § 24 und § 130 spricht es nur von der Rechtslage nach vollzogenem Eintritt hinsichtlich der Fortführung der Firma und der Schuldenhaftung des neuen Gesellschafters. Wie man aber im Handelsrecht als Voraussetzung der Gültigkeit der genannten Paragraphen die Zulässigkeit des Eintritts annehmen muß, wenn auch das Gesetz darüber schweigt[4]) so ist eine ähnliche Schlußfolgerung auch für das bürgerliche Recht zu machen. Daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Möglichkeit des Eintritts neuer Gesellschafter in die Gesellschaft nicht besonders erwähnt, ist nicht auf die Unmöglichkeit, sondern vielmehr auf die unbedenkliche Zulässigkeit zu schließen. Dies ist auch die heute herrschende Ansicht. Außer den bereits genannten Schriftstellern vertreten sie noch Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I 169; Planck Bem. 2 zu § 736, 712—713; Crome I § 55 1, 2 § 285 2; Endemann § 181 5a 8, 1142 Anm. 14; Dernburg 2 631 § 362 III; Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, I § 22 Anm. 20; Cosack 4. Aufl. 2 § 279 II 449; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, 397 Anm. 828 ebenso: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, 207 Anm. 15; Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1910 § 128 VI 357; Nagler aaO. SächsArch. 10 742; Tränkner, Sächsische Vorträge 393; Schoenberner: Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, Diss. Rostock 1901, 16; Bulk: Die Aufnahme in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Diss. Rostock 1903 und Gösch: Das Ausscheiden eines Gesellschafters

[1]) Anspruch und Klagerecht, 282 Anm. 10.

[2]) Juristische Personen nach deutschem Reichsrecht, § 10 III, 145.

[3]) aaO. 212.

[4]) Dieses erwähnt besonders Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, ArchBürgR. 19 129; ferner Meurer aaO. 145 und Hellwig aaO. 282

aus der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Göttingen 1900, 14.

§ 6.

Uebergang des Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die durch den Eintritt des neuen Gesellschafters veränderte Gesellschaft.

In genauer Folgerung ihrer oben dargelegten Ansicht, daß ein Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts nicht ohne weiteres möglich sei, verneint die früher herrschend gewesene Ansicht, daß die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände auf die infolge des Eintritts des neuen Gesellschafters aufgelöste und wieder neu gegründete Gesellschaft übergehen können. Weil die neue Gesellschaft mit der bisherigen nicht wesensgleich sei, müsse die alte Gesellschaft das ihr gehörige Vermögen auf die neue übertragen. Da zum Gesellschaftsvermögen sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen gehören, müsse sich der Uebergang dieser Gegenstände auf die neue Gesellschaft nach Maßgabe der dafür gegebenen Vorschriften vollziehen: es müßten daher die Vermögensgegenstände einzeln auf die neue Gesellschaft übertragen werden, und zwar sei bei beweglichen Sachen dazu die Uebergabe der Sachen an die neue Gesellschaft erforderlich, die allerdings durch die Vereinbarung des constitutum possessorium und durch die Abtretung des Herausgabeanspruches ersetzt werden könne, und bei Grundstücken bedürfe es der Auflassung. Allerdings sei es möglich, daß gewisse Gegenstände, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, schon mit dem Abschluß des neuen Gesellschaftsvertrages in das Vermögen der neuen Gesellschaft übergingen. Auf jeden Fall könne dies aber nur bei einzelnen Gegenständen stattfinden, eine Universalsukzession sei nicht möglich. Eine solche Schlußfolgerung erscheint an sich durchaus richtig, denn infolge der Auflösung der Gesellschaft hört die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens auf. „Das Gesellschaftsvermögen als abgetrenntes Sondervermögen bricht", wie Gierke sagt[1]), „in jedem solchen Falle zusammen, und die nunmehr als Gemeinschafter nach Bruchteilen daran

[1]) aaO. S. 25.

berechtigten Gesellschafter müssen dieses Gesellschaftsvermögen an die neue Gesellschaft, die zwischen ihnen und dem neu Eintretenden gegründet wird, übertragen, ein Vorgang, der von Plank in seiner 1. Auflage mit „Uebertragung des Anteils" bezeichnet wird. Infolge des hierdurch bedingten Eigentumswechsels hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände muß nun in den Fällen, in denen es sich um grundbuchmäßige Rechte handelt, eine neue dingliche Einigung stattfinden.[1] Diese Notwendigkeit nehmen ausdrücklich Knoke:[2] Das Recht der Gesellschaft und Cosack[3] an. Den Versuch, diese Ansicht zu begründen, macht Franke in einem Aufsatz: Die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches und Dritte, insbesondere der Hinzutritt eines neuen Gesellschafters.[4] Er legt dar, daß der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft zwar möglich sei, daß aber eine Auflassung und Umschreibung der im Grundbuch eingetragenen Rechte deshalb notwendig sei, weil allein für die offene Handelsgesellschaft die Bestimmung bestände, sie könne unter ihrer Firma Eigentum und dingliche Rechte an Grundstücken erwerben. Deshalb könne bei der offenen Handelsgesellschaft allerdings ohne weiteres ein Wechsel der Gesellschafter stattfinden, da das Grundstück nur Eigentum der jeweiligen Gesellschafter dieser Firma sei. Im Bürgerlichen Gesetzbuch fehle es aber an einer derartigen Bestimmung. Eigentum und dingliche Rechte ständen nur den bestimmten Gesellschaftern, denen sie bestellt seien, zu, und wenn daher ein neuer Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, so finde auch ein Eigentumswechsel in Ansehung der Gesellschaftsgegenstände statt. Hierin liegt aber eine offenbare Verkennung des für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bestehenden, schon oben dargelegten Prinzipes der gesamten Hand. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft im § 738 den Grundsatz auf, daß der Anteil des aus-

---

[1] Hierüber handeln auch die Ausführungen bei Planck, 3. Aufl. Anm. 2 zu § 736.

[2] aaO S. 132.

[3] Das Recht, Jahrg. 1902 S. 415.

[4] 2. Aufl. Bd. II. S. 389 II 2. Im Gegensatz hierzu nimmt Seinsch in der oben erwähnten Dissertation zwar die Auflösung der Gesellschaft beim Eintritt eines neuen Gesellschafters an, hält jedoch in m. E. nicht richtiger Schlußfolgerung für den Uebergang von grundbuchmäßigen Rechten eine Berichtigung des Grundbuchs für ausreichend; aaO. S. 40/41.

scheidenden Gesellschafters den übrigen anwächst. Nimmt man, wie oben geschehen, die Zulässigkeit des Eintritts neuer Gesellschafter in die Gesellschaft ohne deren Auflösung an, so besteht kein Grund, für diesen Fall mit der herrschenden Ansicht in analoger Anwendung den Grundsatz der Abwachsung der Anteile des bisherigen Gesellschafters und der Anwachsung eines Anteils an den neu Eintretenden Gesellschafter anzunehmen. Eine solche entsprechende Anwendung rechtfertigt sich m. E. aus folgenden Gründen. Wenn das Gesetz in ausdrücklicher Vorschrift die Möglichkeit zuläßt, daß die Gesellschaft trotz des Ausscheidens von Mitgliedern unverändert fortbesteht, indem es sich dabei entsprechend dem Grundsatze der gesamten Hand auf den Standpunkt stellt, daß die zu einer festverbundenen Personenmehrheit zusammengeschlossene Gesellschaft in ihrem einheitlichen Bestande durch den Verlust von Mitgliedern nicht berührt wird, und wenn es für diesen Fall hinsichtlich des Anteils des Ausscheidenden ein Anwachsungsrecht der übrigen annimmt, so würde es dem in der Rechtswissenschaft über die Analogie bestehenden Grundsatze völlig zuwiderlaufen, wollte man dann, wenn infolge des Eintritts eines neuen Gesellschafters diese verbundene Personenmehrheit gleichfalls in ihrem Bestande dieselbe bleibt, nicht ebenso die Grundsätze der Anwachsung und in entsprechender Weise der Abwachsung hinsichtlich der Anteile der bisherigen Gesellschafter zur Anwendung bringen, sondern besondere Uebertragungsakte verlangen. Denn wie Hoelder[1]) hervorhebt, wenn hier die Indentität der erweiterten Gesellschaft mit der früheren engeren nicht die gleiche wäre, so müßte dasselbe auch für den Fall des Ausscheidens hinsichtlich der früheren größeren und dann kleiner gewordenen Gesellschaft gelten. Sollten nun Zweifel darüber entstehen, ob sich dies mit dem auch heute der Gesellschaft zu Grunde liegenden obligatorischen Vertragsverhältnis unter den Gesellschaftern vereinigen läßt, so ist zu entgegnen, daß eben im heutigen Recht im Gegensatz zum römischen, wie bereits dargelegt, eine Abänderung eines Schuldverhältnisses sehr wohl möglich ist. Denn wie im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters die obligatio ohne weiteres unter den Uebrigbleibenden fortbesteht, so kann sie ebenso nach dem erfolgten Eintritt eines neuen Gesellschafters auch unter den mehreren weiter bei Bestand bleiben.[2]) Wenn auch die

[1]) aaO. S. 169.

[2]) In diesem Sinne äußert sich auch Enneccerus II. S. 1024.

Gesellschaft durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters eine Erweiterung und mithin eine Abänderung erfährt, so bleibt sie dennoch als Einheit die gleiche, und ihr Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen gestaltet sich in derselben Weise wie früher. Hat dieses bisher einem engeren Kreise zugestanden, so steht es jetzt einem zwar erweiterten, dennoch aber gleich gebliebenen Kreise zu. Allerdings ist eine größere Anzahl von Personen anteilsberechtigt am Gesellschaftsvermögen geworden. Die Entstehung dieser anteiligen Mitberechtigung des neu Eintretenden geht aber nicht durch die Vornahme eines besonderen Uebertragungsaktes, die „Anteilsübertragung" durch die bisherige Gesellschafter vor sich, sondern dadurch, daß infolge des Eintritts des neuen Gesellschafters das Gesellschaftsvermögen nun auch den hinzugekommenden Gesellschafter mitumschließt. Kraft seines Eintritts also, als Folge des mit den Gesellschaftern abgeschlossenen obligatorischen Vertrages bekommt er einen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen; er übernimmt, wie Kipp[1]) sagt, durch den Vertrag einen Anteil an dem Gesamthändervermögen, der Anteil an jenem Vermögen wächst ihm, wie es die herrschende Meinung ausdrückt, zu, und diese Anwachsung bedingt zugleich für die übrigen Gesellschafter eine Abwachsung ihrer Anteile.[2]) Wozu sollte denn auch eine Uebertragung der Anteile notwendig sein? Sind doch überhaupt keine Anteile da, die übertragen werden sollen. Die Gesellschafter, die bisher in der Gesellschaft waren, behalten auch jetzt ihre Anteile, sie begründen nur für den Aufgenommenen ebenfalls einen solchen Anteil; es findet also keine Uebertragung, sondern eine Neugründung eines Anteils statt, durch die zugleich eine Verringerung der Anteilsberechtigung der übrigen Gesellschafter herbeigeführt wird. Dazu bedarf es aber nicht des Abschlusses eines besonderen Rechtsgeschäfts, sondern dieser Vorgang spielt sich ipso iure ab. Demnach findet auch durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände ein Eigentumswechsel nicht statt. Denn dadurch, daß der neu eintretende Gesellschafter infolge der ihm zukommenden gesellschaftlichen Rechte an dem Vermögen der Gesellschaft nunmehr

---

[1]) II. S. 791 Nr. 7.

[2]) In dieser Weise konstruiert auch Staudinger, Bd. II. Bem. IIa zu § 736 die vermögensrechtlichen Folgen des Eintritts eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft.

partizipiert, wird, wie Oberneck[1]) ausführt, das Eigentumsrecht der Gesamtheit nicht berührt. Gehören also zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke und grundstücksähnliche Rechte, so bedarf es, um die Anteilsberechtigung des neuen Gesellschafters zu begründen, nicht erst neuer dinglicher Einigung und Eintragung, sondern der Uebergang vollzieht sich ohne weiteres. Der neue Gesellschafter wird also ohne besondere Uebertragungsakte Mitberechtigter an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen.

Es ist bereits auf die großen praktischen Schwierigkeiten hingewiesen, die sich bei der Annahme ergeben würden, beim Eintritt eines neuen Gesellschafters sei stets eine Auflösung der früheren Gesellschaft notwendig. Die gleichen Schwierigkeiten würden entstehen, wollte man in Verfolg dieser Annahme auch eine jedesmalige Uebertragung der einzelnen Gesellschaftsgegenstände an die neu eintretenden Gesellschafter für erforderlich halten. Es könnte sich hierbei ereignen, daß der obligatorische Vertrag mit dem neu hinzukommenden Gesellschafter bereits abgeschlossen ist, dieser vielleicht eine darin übernommene Einzahlungspflicht bereits erfüllt hat, die Uebertragung der Gesellschaftsgegenstände jedoch noch nicht stattgefunden hat und der neue Gesellschafter nunmehr vor der Uebertragung stirbt oder auf irgend eine andere Weise die Unmöglichkeit entsteht, daß eine solche Uebertragung überhaupt noch stattfinden kann. Auf die überaus verwickelte Rechtslage, die sich in derartigen Fällen ergeben würde, weisen ausdrücklich Gierke[2]) und auch Knoke[3]) hin. So nimmt denn die heute herrschende Meinung für den Fall des Eintritts neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unter analoger Anwendung der §§ 736—738 des Bürgerlichen Gesetzbuches unbedenklich eine ipso iure stattfindende Anteilsanwachsung an. Außer den bereits genannten Schriftstellern seien noch erwähnt Oertmann, Bd. II. Anm. 2b zu § 736; Turnau-Förster Bd. I. Anm. III. 2 zu § 925 S. 452; Predari, Grundbuchordnung, Anm. 75/6 S. 151; Staudinger Bd. I. Anm. VII 4 zu § 54 S. 212; Meurer, aaO. S. 144; Endemann, Bd. I. § 46 Anm. 14 S. 204; Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II. § 362 III; Cosack, Bürgerliches Recht, 4. Aufl. Bd. II.

[1]) Bd. I. S. 480.
[2]) aaO. S. 28.
[3]) aaO. S. 186.

§ 279 II. 2 S. 449; Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, im ArchZivPr. Bd. 91 S. 196; Tochtermann, Beiträge zur Erläuterung des § 313, § 12 II 2 S. 24; Nagler, aaO. S. 745 Anm. 138. Biermann, Anm. 4 zu § 925, bekennt sich jedoch nicht unbedenklich zu dieser Theorie und erklärt deshalb die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung der §§ 736—738 auf den Fall des Eintritts von Gesellschaftern, allerdings ohne eine nähere Begründung zu geben, für zweifelhaft.

Abweichend von der herrschenden Ansicht behaupten Goldmann und Lilienthal[1]) in ähnlicher Weise wie oben Franke, daß durch den Abschluß des Aufnahmevertrages der neu eintretende Gesellschafter zwar der gesellschaftlichen Bindung sofort unterworfen werde, ein anderes Gesellschaftsverhältnis also durch den Eintritt des neuen Gesellschafters nicht entstehe, daß aber der eintretende dennoch nicht schon durch den Vertragsabschluß Berechtigter der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände werde. Hierzu müsse eine Uebertragung jedes einzelnen Gegenstandes an den Eintretenden stattfinden. Diese Unterscheidung bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters in die Unterwerfung unter die gesellschaftliche Bindung und den Eintritt in die Anteilsberechtigung am Gesellschaftsvermögen ist m. E. nicht zu billigen; denn diese Auffassung leidet an einem inneren Widerspruche. Vertritt man die Ansicht, daß die Gesellschaft als kollektive Einheit trotz Veränderungen in ihrem Mitgliederbestande die gleiche bleibt, dann muß man auch die weitere Konsequenz ziehen, daß die Eigentümerstellung der Gesellschaft zu den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen selbst mit dem neuen Gesellschafter nicht verändert wird, infolgedessen auch, da ein Eigentumswechsel nicht stattfindet, eine Uebertragung der Gegenstände an den Eintretenden nicht notwendig ist, der Uebergang sich vielmehr im Augenblick des Hinzutritts des neuen Gesellschafters, im Augenblick der Unterwerfung unter die gesellschaftliche Bindung, wie es Goldmann und Lilienthal nennen, vollzieht.[2]) Wenn nun von Goldmann und Lilienthal dem entgegnet wird, daß auch bei der Errichtung einer Gesellschaft die Gesellschafter nicht schon durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages Mitberechtigte am Gesellschaftsvermögen werden, sondern daß

[1]) Bd. I. § 201 I. 4b S. 784 und Bd. II. S. 167 Anm. 14.

[2]) Dies spricht ausdrücklich aus: Crome, Bd. II. § 285 II. S. 803.

auch dort eine besondere Uebertragung der späteren Gesellschaftsgegenstände auf die Gesellschaft stattfinden müsse, so ist dieser Einwand damit zurückzuweisen, daß bei der Errichtung der Gesellschaft in der Tat hinsichtlich der zum zukünftigen Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände ein Eigentumswechsel stattfindet, indem diese Gegenstände aus dem bisherigen Alleineigentum des einzelnen in das gesamthänderische Eigentum der Gesamtheit der Gesellschafter übergehen. Ein derartiger Wechsel der Eigentumsberechtigung findet aber bei dem Eintritt eines neuen Gesellschafters nicht statt. Die Ansicht Goldmanns und Lilienthals ist daher abzulehnen; denn sie leidet, wie Oertmann[1] treffend bemerkt, an einer schwer verständlichen Halbheit.

Dasselbe ist m. E. über die Ausführungen Hellwigs zu sagen. Er vertritt mit der herrschenden Ansicht den Standpunkt,[2] daß der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine Auflösung der Gesellschaft nicht erfordere, unterscheidet jedoch dann[3] beim Uebergang der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände auf die durch den neu Hinzugetretenen veränderte Gesellschaft zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, indem er eine Universalsukzession der Gesellschaftsgegenstände allein bei der der offenen Handelsgesellschaft für zulässig hält. Er begründet dies damit, daß lediglich das Vermögen der offenen Handelsgesellschaft im Gegensatze zu der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts „ein derartiges selbständiges Sondervermögen darstelle", daß sich hieraus die Annahme einer Gesamtnachfolge beim Eintritt eines neuen Gesellschafters rechtfertige. In einem so schroffen Gegensatz steht jedoch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht zu der offenen Handelsgesellschaft. Auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist ein Sondervermögen, wie bereits des eingehenden erörtert, vorhanden, dem ebenfalls, entsprechend den Grundsätzen der gesamten Hand, eine große Selbständigkeit zukommt. Das Sondervermögen der offenen Handelsgesellschaft ist ebenso geartet, wie das der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Beide sind, wie weiter unten noch dargelegt werden wird, in ihrer rechtlichen Gestalt gleich.

---

1) aaO. S. 792.

2) Anspruch und Klagerecht, S. 282 Anm. 10.

3) Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft § 30 III. 1b S. 207.

Nimmt man daher bei der offenen Handelsgesellschaft eine Universalsukzession der Gesellschaftsgegenstände auf die veränderte Gesellschaft an, so muß man m. E. in notwendiger Folgerung dasselbe auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts tun.

Allerdings bringt eine derartige ipso iure Anwachsung der Anteilsberechtigung an den neu eintretenden Gesellschafter hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Rechte eine Ungenauigkeit hervor. Während bisher nur die früheren Gesellschafter zur gesamten Hand im Grundbuch als Berechtigte eingetragen waren, ist jetzt eine größere Anzahl Hypotheken- und Nießbrauchsgläubiger vorhanden. Das Grundbuch ist also mit dem Augenblick des Eintritts eines neuen Gesellschafters unrichtig geworden, und es bedarf deshalb, um auch nach außen hin die Berechtigten kenntlich zu machen, da sonst gutgläubige Dritte zu schützen wären, einer Berichtigung des Grundbuchs. Eine solche Grundbuchberichtigung verlangen ausdrücklich vor allem Planck,[1]) Oertmann[2]), Endemann[3]), Crome[4]), Predari[5]) und auch Gierke[6]). Jedoch übt dies auf die materielle Rechtslage keinen Einfluß aus, die Hypothek und der Nießbrauch stehen unverändert der durch den Eintritt von neuen Gesellschaftern erweiterten Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zu. Die Gesellschaft als Hypotheken- und Nießbrauchsberechtigte hätte allein gegen den Grundstückseigentümer einen Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

---

[1]) aaO. S. 772.

[2]) aaO. S. 797.

[3]) Bd. II. Anm. 59 zu § 181, 1142.

[4]) Bd. II. 803 Anm. 30.

[5]) aaO. 154.

[6]) aaO. 29.

Abschnitt IV.

Umwandlung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft.

§ 7.

Rechtliche Gestaltung des Ueberganges der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft.

Bei der Umwandlung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft ist die neue Gesellschaft gemäß § 106 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Für die Beurteilung der Frage, in welcher Weise sich neben dieser formellrechtlichen Seite materiellrechtlich der Uebergang einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft vollzieht, bedarf es der Untersuchung, ob die rechtliche Gestalt der neuen offenen Handelsgesellschaft mit der früheren Gesellschaft des bürgerlichen Rechts identisch ist.

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand, der jedoch, wie oben dargelegt, juristische Persönlichkeit nicht zukommt. Bei einem Uebergang dieser Gesellschaft zur offenen Handelsgesellschaft würde daher eine Aenderung der rechtlichen Gestaltung und damit ein Wechsel des Eigentums dann nicht vorliegen, wenn auch die offene Handelsgesellschaft eine nach dem Prinzipe der gesamten Hand geregelte und nicht mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Gemeinschaft wäre.

Trifft dies jedoch zu?

Eine eingehende Erörterung der Frage, ob die offene Handelsgesellschaft als juristische Person zu betrachten sei oder nicht, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Erwähnt sei daher hier nur folgendes.

Der Streit über den Rechtscharakter der offenen Handelsgesellschaft ist älter als das Handelsgesetzbuch selbst. Schon vor der Entstehung des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1861 teilte sich die Jurisprudenz in zwei Gruppen, von denen die eine die Handelsgesellschaft entsprechend den römischen, über die societas geltenden Vorschriften gestalten wollte, die andere nach französischem Muster juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft annahm. Auch auf der Nürnberger Konferenz zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches ist der Streit über die Natur der Handelsgesellschaft nicht beendet worden. Die Meinungen, ob eine gesetzliche Festlegung des rechtlichen Charakters der offenen Handelsgesellschaft sich empfehle, gingen sehr auseinander.[1]) Die Kommission hat es schließlich abgelehnt, in dieser lebhaft bestrittenen Rechtsfrage eine endgültige Entscheidung zu treffen.[2]) So blieb denn die Frage, was für ein rechtliches Gebilde die offene Handelsgesellschaft sei, auch für die Zukunft zweifelhaft. Sowohl in der Theorie wie in der Praxis wurden die verschiedensten Ansichten vertreten. Von den einen wurde unter Berücksichtigung der auch im Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch enthaltenen Bestimmungen, daß einmal die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen und verklagt werden könne, — Art. 111 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, — daß ferner ein neu eintretender Gesellschafter auch für die vor seinem Eintritt begründeten Verpflichtungen hafte — Art. 113 aaO., — daß schließlich eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen Gesellschafter nicht stattfinden könne — Art. 121 aaO. — das Vorhandensein eines besonderen, von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenen Rechtssubjekts, mithin die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft angenommen. Von den überaus zahlreichen Vertretern dieser Theorie seien genannt: Affolter,[3]) Beseler,[4]) Bluntschli,[5]) Brinkmann,[6]) Dernburg,[7]) der jedoch später seine

[1]) Hierüber handeln die Protokolle zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von Lutz, Bd. III. 1133—1143.

[2]) aaO. S. 1142/43.

[3]) Die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft, i. ArchBürgR. Bd. V 1—11, vor allem S. 11.

[4]) System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. II. § 230 VII. 1040.

[5]) Deutsches Privatrecht § 39 Ziff. 1 u. 9 und § 137 Ziff. 3 388.

[6]) Lehrbuch des Handelsrechts, § 36.

[7]) Kompensation S. 445/46 u. 446 Anm. 1

Ansicht geändert hat, Dahn,[1] Anschütz,[2] Eccius,[3] Fick,[4] Gelpke,[5] Reyscher,[6] Menzinger,[7] Sicherer,[8] Völlerndorf,[9] Krückmann,[10] und vor allem Kohler.[11] Zahlreiche Entscheidungen in der Praxis vertreten gleichfalls diesen Standpunkt. Erwähnt sei nur eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtshofes in Celle vom 8. Februar 1867 i. Seufferts Arch. Bd. 20 Nr. 242 S. 402, die des obersten Gerichtshofes in München vom 12. April 1872 i. Seufferts Arch. Bd. 31 Nr. 91, S. 114, die des Oberappellationsgerichtshofes in Dresden vom 20. Februar 1851 i. GoldschmidtsZ. Bd. 22 S. 282 und die des obersten Gerichtshofes in Wien vom 20. Februar 1867 i. Seufferts Arch. Bd. 33 Nr. 55 S. 74. Von den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, das jedoch später in konstanter Rechtsprechung die entgegengesetzte Ansicht vertreten hat, sei hervorgehoben die vom 26. Juni 1870 in Bd. 20 S. 181.

Entgegen der eben erörterten Theorie behauptete eine andere — m. E. mit Recht, wie weiter unten noch des näheren dargelegt werden

---

[1]) Handelsrechtliche Vorträge S. 76/77 und ff.

[2]) Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. II. § 3 S. 6 ff.

[3]) Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei i. Goldschmidts Z. Bd. 32 S. 5.

[4]) Der Konkurs der Kollektivgesellschaft S. 4 u. Anm. 1, der sich jedoch scheut, die offene Handelsgesellschaft ohne weiteres als juristische Person zu betrachten, und sie deshalb mehr als quasi juristische Person, als ein corpus mysticum, wie er es nennt, bezeichnet.

[5]) Handelsgesellschaft als juristische Person i. Gelpkes Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 2 S. 3 ff., Berlin 1852.

[6]) Württembergisches Privatrecht, Bd. 3 S. 397/98.

[7]) Bei der Besprechung von Puchel: Kommentar zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch i. d. KritVjschr Bd. 36, neue Folge Bd. 17, Jahrg. 1894 198–200.

[8]) Genossenschaftsgesetzgebung 115.

[9]) i. Endemanns Hb. des gesamten Handelsrechts Bd. I § 42 III.

[10]) Verein, Verbindung, Gesellschaft, Korporation i. GruchotsBeitr. Bd. 37 236.

[11]) Ueber die Interpretation von Gesetzen i. GrünhutsZ. Bd. 13 S. 8. Auch Kipp i. Windscheid-Kipp Bd. I § 407 Anm. 2 neigt zu der Auffassung der offenen Handelsgesellschaft als einer juristischen Person. Wenigstens hält er die Schwierigkeiten in der rechtlichen Behandlung des Gesellschaftsvermögens für geringer, wenn man die offene Handelsgesellschaft als juristische Person betrachtet, als wenn man diese Ansicht ablehnt.

wird, — daß die in den oben angeführten Artikeln des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches gegebenen Bestimmungen lediglich die Sonderstellung des der Handelsgesellschaft zustehenden Vermögens charakterisieren, daß aber daraus keineswegs der Schluß gezogen werden könne, daß der Handelsgesellschaft juristische Persönlichkeit zukomme. Diese Ansicht, die heute als die allgemein gültige bezeichnet werden kann, wurde schon zur Zeit des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches hauptsächlich vertreten von Thöl,[1]) Gerber,[2]) Goldschmidt,[3]) Laband,[4]) Hahn,[5]) Gierke,[6]) Regelsberger,[7]) Behrend,[8]) Lastig,[9]) Kuntze,[10]) Wach,[11]) Unger,[12]) Renaud,[13]) Randa,[14]) Simon[15]) und Etzelbacher.[16]) Von den zahlreichen Entscheidungen der Praxis des früheren Rechts, die sich der herrschenden Meinung anschlossen, seien angeführt zwei Entscheidungen des Oberappellations-

---

[1]) Handelsrecht § 88 Nr. 8 310.

[2]) Bemerkungen zur Beurteilung genossenschaftlicher Verhältnisse i. Gesammelte Abhandlungen Bd. I 188—212, hauptsächlich S. 196, 199 und 211.

[3]) Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, Bd. I 82—84.

[4]) i. GoldschmidtsZ. Bd. 8 647 gelegentlich der Kritik von Endemanns Handelsrecht; ferner: Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, aaO. Bd. 30 S. 519 u. Bd. 31 55.

[5]) Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Ausg. S. 387 ff.

[6]) Genossenschaftstheorie 437.

[7]) Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten, i. GoldschmidtsZ. Bd. 14 S. 24.

[8]) Handelsrecht § 62 S. 444.

[9]) i. Endemanns Hb. Bd. I S. 334.

[10]) Prinzip und System der Handelsgesellschaft i. GoldschmidtsZ. Bd. 6 214 (1863).

[11]) Zivilprozeßrecht, Bd. I 525/26.

[12]) Personengemeinschaften und offene Handelsgesellschaft i. JheringsJahrb. Bd. 25 239 ff., bes. 243.

[13]) Das Recht der Aktiengesellschaften, 155.

[14]) I. Das Zweckvermögen. Die juristische Person. Die Handelsgesellschaften. II. Die nichtkaufmännischen sogenannten Kollektivgesellschaften, i. Arch. f. Wechselrecht, Bd. 15. Jahrg. 1866 29.

[15]) Die Haftung des Uebernehmers für Handlungsschulden i. GoldschmidtsZ. Bd. 24 110, 1.

[16]) Teilnahme einer offenen Handelsgesellschaft und einer Aktiengesellschaft an einer offenen Handelsgesellschaft i. GoldschmidtsZ. Bd. 45 44.

gerichtshofes in Lübeck vom 14. und 19. Januar 1862 i. GoldschmidtsZ. Bd. 7 S. 476. und Bd. 15. S. 232 und 233, eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtshofes in Dresden vom 14. September 1865 i. Seufferts Arch. Bd. 20 S. 249. Von den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts seien an dieser Stelle genannt die vom 17. Februar 1871, **2** 39, die vom 28. Januar 1873, **9** 17—18, die vom 4. Februar 1874, **12** 261, sowie schließlich die vom 13. Mai 1879, **25** 126. Auch zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichts schon zur Zeit des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs verneinen ausdrücklich die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. So vor allem eine Entscheidung vom 8. Dezember 1880, **3** 57 Nr. 17, ferner vom 4. Oktober 1881, **5** 55, vom 24. September und vom 25. November 1895, **36** 63 und 395, vom 11. Februar 1896, **36** 140, sowie schließlich ein Beschluß vom 11. Februar 1896, **36** 177. Der Streit über die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft hat jedoch zur Zeit des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches deshalb noch seine Berechtigung gehabt, weil die unbestimmte Regelung des Gesellschaftsverhältnisses des Handelsrechts in keinem ähnlichen Institute des bürgerlichen Rechts ihren Rückhalt fand. Infolge der mannigfaltigen Gestaltung des bürgerlichen Rechts herrschten teils die römischen Sozietätsbegriffe, teils deutschrechtliche Vorstellungen der Gesamthänderschaft, teils auch die Gedanken der französischen juristischen Personen. Die Möglichkeit einer solchen verschiedenartigen juristischen Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft ist aber für die Zeit des neuen Handelsgesetzbuches so gut wie ausgeschlossen. Denn durch die Bestimmung des § 105 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß auf die offene Handelsgesellschaft, abgesehen von Abweichungen, welche das Handelsgesetzbuch selbst gibt, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Anwendung gelangen sollen. Das Verhältnis der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft zueinander, die Art und Weise ihrer gesellschaftlichen Gebundenheit charakterisiert sich also entsprechend der der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand.[1]) Eine Abweichung der juristischen Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft von der Gesellschaft des

[1]) Dies hebt ausdrücklich hervor Gierke ArchBürgR. 19 115; Makower Anm. 1b zu § 105; Staub 1 Anm. 1 zu § 105; Goldmann 2 Anm. 2 zu § 105; Lehmann, Handelsrecht § 55 Anm. 2, 281.

bürgerlichen Rechts, ist aber, wie noch erörtert werden wird, nicht vorhanden, infolgedessen entbehrt auch die offene Handelsgesellschaft, ebenso wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der juristischen Persönlichkeit. Von seiten der Gegner, als deren hauptsächlichster Vertreter auch noch für das geltende Recht vor allem[1]) Kohler[2]) zu nennen ist, wird als wesentlichstes Argument für die Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft die sie von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unterscheidende Besonderheit des Vorhandenseins einer Firma, und die sich daraus ergebende Möglichkeit des Auftretens unter dieser Firma angeführt.[3]) Eine solche Annahme ist aber m. E. aus folgenden Gründen nicht zulässig. Die durch das Gesetz im § 124 getroffene Bestimmung, daß die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann, sollte keineswegs dazu dienen, um eine besondere von den einzelnen Gesellschaftern getrennte und über ihnen stehende Rechtspersönlichkeit zu schaffen. In dieser Vorschrift läßt sich vielmehr lediglich die Absicht des Gesetzgebers erkennen, die durch die Gesellschaft — d. h. die Gesamtheit der Gesellschafter — abgeschlossenen Geschäfte äußerlich deutlich von den Privatgeschäften der einzelnen Gesellschafter zu unterscheiden. Die Annahme einer besonderen Firma ist keineswegs stets das Merkmal einer juristischen Person, sie kann vielmehr lediglich zu dem Zweck dienen, eine gesellschaftliche Vereinigung von Personen, eine

---

[1]) Verwandt, aber dennoch nicht übereinstimmend mit der Kohlerschen Auffassung ist die Ansicht derjenigen, die die offene Handelsgesellschaft als relative oder quasi juristische Person ansehen; so außer dem bereits oben genannten Fick für das heutige Recht hauptsächlich Gareis, Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl. 1909, 129. Im übrigen läßt sich die Annahme der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft auch aus einem Beschluß des Reichsgerichts, welches sich sonst in konstanter Rechtsprechung gegen die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft erklärt hat, schließen. (JW. 1902, 250, Beschluß vom 5. April 1902.) Das Reichsgericht führt dort aus, daß einer offenen Handelsgesellschaft deshalb nicht das Armenrecht im Prozeß verliehen werden könne, weil nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft „als ein von jenen verschiedenes Rechtssubjekt" Partei sei, das Armenrecht aber nur physischen Personen verliehen werden könne.

[2]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2 427 I; ferner Einführung in die Rechtswissenschaft § 39, 91 und Recht des Markenschutz 235 ff.

[3]) Recht des Markenschutzes von Kohler 235.

Mehrheit von Einzelindividuen bei ihrem gemeinschaftlichen Auftreten im Geschäftsverkehr zu bezeichnen.[1])

Ferner wird behauptet, die selbständige Stellung, die das Gesetz der offenen Handelsgesellschaft einräume — so besonders, daß sie vor Gericht klagen und verklagt werden könne, daß zur Zwangsvollstreckung gegen sie ein gegen die Gesellschaft ergehendes Urteil genüge (§ 124 Abs. 2. Handelsgesetzbuchs), daß ein besonderer Gesellschaftskonkurs möglich sei (§ 144 Handelsgesetzbuchs) —, alles dies rechtfertige die Annahme einer juristischen Persönlichkeit.[2]) Aber auch diese Schlußfolgerung ist m. E. zu weitgehend, und die genannten Bestimmungen beweisen nicht die Richtigkeit der gegenteiligen Ansicht. Durch diese Vorschriften soll ebenfalls nur erreicht werden, daß die Gesamtheit der Gesellschafter, die die offene Handelsgesellschaft darstellt, als die im Rechtsverkehr auftretende kenntlich wird. Selbst die Parteifähigkeit der Gesellschaft soll m. E. allein eine Erleichterung für die Prozeßführung sein. Tritt die Gesellschaft in einem Prozeß als Klägerin oder Beklagte auf, so sollen nicht jedesmal die Namen sämtlicher Gesellschafter im Klagerubrum genannt zu werden brauchen, sondern es soll genügen, wenn die Gesellschaft, d. h. die Gesamtheit der Gesellschafter ohne Angabe der einzelnen Mitglieder auftritt. Allerdings ist ein derartiges selbständiges Sondervermögen und das dadurch bedingte selbständige Auftreten der Gesellschaft bei Rechtsgeschäften in Ansehung dieses Vermögens auch das Merkmal einer juristischen Person. Allein auf Grund des Vorhandenseins dieses Sondervermögens aber das Bestehen einer juristischen Person folgern zu wollen, erscheint m. E. auch aus dem Grunde nicht angängig, weil die engen Beziehungen, in denen die Gesellschafter zu der Gesellschaft stehen, wie sie uns vor allem bei der offenen Handelsgesellschaft im neuen Handelsgesetzbuch in den §§ 109—122 gegenübertreten, nicht auf die Annahme einer juristischen Person schließen lassen.

Bei der Begründung, die Kohler für die juristische Natur der offenen Handelsgesellschaft gibt, behauptet er ferner, die von vielen ver-

---

[1]) Dies führt vor allem Laband, GoldschmidtsZ. 30 474 gegen die Kohlersche Theorie an.

[2]) Kohler, Recht des Markenschutzes, 236.

tretene Ansicht, eine juristische Person liege dann vor, wenn keine individuelle Schuldenhaftung bestehe, sei „ein völlig unrichtiges und durch nichts gerechtfertigtes Dogma".[1]) Infolgedessen sei die offene Handelsgesellschaft sowohl, wie auch die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und andere in derselben Weise, nämlich als juristische Personen zu betrachten. Dem ist aber zu erwidern, daß trotz der vom Gesetz gegebenen Unterscheidung zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft als einer Gesellschaft mit individueller Schuldenhaftung nach § 105 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches und einer solchen ohne individuelle Schuldenhaftung nach § 178 des Handelsgesetzbuches an sich zwar behauptet werden kann, daß beide Gesellschaften rechtlich in gleicher Weise zu beurteilen seien. Das aber hieraus der Schluß gezogen werden kann, daß der offenen Handelsgesellschaft juristische Persönlichkeit zukomme, erscheint m. E. zum mindesten willkürlich und in keiner Weise gerechtfertigt. Denn auch bei der Aktiengesellschaft sagt keine Gesetzesbestimmung ausdrücklich, daß ihr juristische Persönlichkeit zukomme. Es wird sogar von mehreren, so vor allem von Meurer, behauptet, daß auch die Struktur der Aktiengesellschaft nicht ohne weiteres die Annahme der juristischen Persönlichkeit rechtfertige.[2]) Eine etwaige gleichartige Behandlung der Aktiengesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft gestattet daher m. E. in keiner Weise eine Schluß-

---

[1]) Dies führt Kohler bei einer Besprechung von Meurer, die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, Jur.-Lit.-Bl. 14 84 aus. Wenn er aber behauptet, daß Meurer die offene Handelsgesellschaft in seiner Schrift, als juristische Person auffasse, so liegt darin ein Irrtum. Meurer sagt aaO. 84 II 1 ausdrücklich: „Die offene Handelsgesellschaft ist nach ihrer inneren Verfassung eine wirkliche Gesellschaft" und „eine wirkliche gesellschaftliche Organisation schließt die juristische Persönlichkeit aus", Ebenfalls unrichtig ist es, wenn Kohler als Folge dieser Ansicht die zweifellose Anwendung des § 31 des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Haftung der offenen Handelsgesellschaft annimmt. Auch Meurer hat aaO. 108 die Anwendung dieses Paragraphen ausdrücklich ausgeschlossen.

[2]) aaO. 191. Ob diese Auffassung auch unter Berücksichtigung des § 210 des Handelsgesetzbuchs richtig ist, ist fraglich. Die Behandlung dieser Streitfrage gehört nicht hierher. M. E. geht aus der oben angeführten Unterscheidung des Gesetzes zwischen der Bestimmung des § 105 und der des § 178 des Handelsgesetzbuches doch wohl eher der Wille des Gesetzgebers hervor, die Aktiengesellschaft nicht in gleicher Weise wie die offene Handelsgesellschaft als Gesamtheit ohne juristische Persönlichkeit zu behandeln.

folgerung dahin, daß die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person sei. Die Beantwortung dieser Frage hängt vielmehr lediglich von der inneren Gestaltung der offenen Handelsgesellschaft ab. Und hier würde es m. E. sogar gegen das Gesetz verstoßen, wollte man die offene Handelsgesellschaft als juristische Person betrachten. Dadurch, daß das Handelsgesetzbuch auf die im bürgerlichen Recht über die Gesellschaft geltenden Vorschriften verweist, ergibt sich, daß die offene Handelsgesellschaft niemals juristische Person sein kann. Denn eine solche Verweisung unter dem Vorbehalte von Abweichungen, wie sie der § 105 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs ausspricht, wäre unverständlich, wenn diese Abweichungen so wichtiger Natur wären, daß dadurch ein rechtlich ganz anders geartetes Institut als dasjenige, auf welches verwiesen wird, sich ergebe. Diese Abweichungen können nur spezielle Besonderheiten sein, welche jedoch an der rechtlichen Uebereinstimmung der beiden Institute im Grunde nichts ändern. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt aber als juristische Personen nur rechtsfähige Vereine, Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts. So kommen also auch für die offene Handelsgesellschaft die für die bürgerlichen Gesellschaft geltenden Grundsätze über die Gemeinschaft zur gesamten Hand zur Anwendung. Auch die offene Handelsgesellschaft ist mithin eine „Gesamtperson", wie es Stobbe[1]) ausdrückt, die, aus mehreren Personen zusammengesetzt, zwar eine Einheit bildet, jedoch keine von den mehreren Gesellschaftern verschiedene juristische Person, denn bei einer solchen Gesellschaft gibt es, wie Adler[2]) treffend hervorhebt, „keine Interessen der Gesellschaft, die nicht Interessen der Gesellschafter sind". Allerdings hat es infolge der selbständigen Stellung des den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit zustehenden Sondervermögens den Anschein, als ob die offene Handelsgesellschaft einer juristischen Person nahe käme, so daß das Reichsgericht in neueren Entscheidungen ausgesprochen hat, daß die offene Handelsgesellschaft in manchen Fällen wie eine juristische Person behandelt werde.[3]) Trotz

---

[1]) aaO. 1 438.

[2]) Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts, Berlin 1895 86.

[3]) Dies spricht aus die Entscheidung vom 26. Januar 1904, 56 432. Aus obigen Umständen ist wahrscheinlich auch Gareis aaO. § 25 I 3 zur Bezeichnung der offenen Handelsgesellschaft als einer „relativ" juristischen Person gekommen. Insofern hat seine Ansicht Berechtigung.

alledem ergibt sich aber daraus keineswegs im Prinzipe die Annahme der juristischen Persönlichkeit. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist, wie es Makower[1]) ausdrückt, zwar eine „Vermögenseinheit" vorhanden, die bisweilen wie eine juristische Person behandelt werden kann, aber es ist nicht ein eigentliches selbständiges Rechtssubjekt dadurch gebildet. Diese, die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft verneinende Theorie wird auch zur Zeit des geltenden Rechts, ebenso wie im früheren, von der überwiegenden Mehrheit vertreten. Außer den bereits genannten Schriftstellern seien noch erwähnt Dernburg,[2]) Lehmann,[3]) Cosack,[4]) Staub,[5]) Hellwig,[6]) Ritter[7]) und Goldmann[8]). Ebenso hat sich die Praxis des Reichsgerichts unter Beibehaltung ihrer bereits früher vertretenen Ansicht auch für das neue Handelsgesetzbuch gegen die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ausgesprochen, so vor allem in den Entscheidungen vom 21. Februar 1899, **43** 106, vom 13. April 1901, **49** 343, vom 14. April 1903, **54** 280, vom 11. Dezember 1903, **56** 209, vom 26. Januar 1904, **56** 432, vom 23. Februar 1907, **65** 229, 230, ferner die Entscheidungen vom 20. März 1900, **46** 41, vom 6. November 1901, **49** 426, vom 18. Juni 1901, JW. 1901 576 und vom 21. Dezember 1903, JW. 1903, 388, die Entscheidung des OLG. Breslau vom 21. Mai 1906, JW. 1906, 477, der Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 23. Mai 1908, JW. 1908 450, ferner noch das Reichsgericht vom 14. Oktober 1898, Seufferts Arch. **54** Nr. 97, 178—179, vom 27. Mai 1895, Gruchots Beitr. **39** 1016, vom 28. November 1899, Gruchots Beitr. **40** 86, sowie der Beschluß des Obersten Landesgerichts in München vom 3. November 1900, Seufferts Arch. **56** 318, schließlich der Beschluß des OLG. Braunschweig, Seufferts Arch. **56** 231, vom 22. Juni 1900.

---

[1]) aaO. Anm. 1c 2 zu § 105 HGB.

[2]) Preußisches Privatrecht 2 § 215 1 643; ebenso Bürgerliches Recht II 2 § 365 II und Pandekten 1 § 613c 142 und Anm. 16.

[3]) aaO. § 55, 5 III 288.

[4]) § 194 I 669.

[5]) Anm. 2a zu § 105 HGB.

[6]) Anspruch und Klagerecht § 37 I 267.

[7]) Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, Anm. 7 zu § 105.

[8]) Das Handelsgesetzbuch 2 Anm. 14 zu § 105, 467.

§ 8.

Uebergang des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die offene Handelsgesellschaft.

Wie schon oben erwähnt, bedurfte es zur Beantwortung der Frage, in welcher Weise sich der Uebergang des Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die offene Handelsgesellschaft vollzieht, der Untersuchung, ob die neue Gesellschaft mit der früheren in ihrer rechtlichen Gestaltung übereinstimmt. Liegt nämlich eine solche Identität nicht vor, und ist infolgedessen ein neues Rechtssubjekt an die Stelle des früheren getreten, dann kann sich auch die Umwandlung der einen Gesellschaft in die andere nicht ohne weiteres vollziehen. Das neue Gesellschaftsverhältnis kann nur dadurch zur Entstehung gelangen, daß das bisherige aufgelöst wird, und eine Neugründung stattfindet. In entsprechender Weise tritt auch, wenn die Identität der Gesellschaft nicht gewahrt bleibt, in Ansehung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände ein Wechsel in der Eigentümerstellung ein. Der neue Eigentümer, die umgewandelte Gesellschaft, kann daher das Eigentum an den einzelnen Gegenständen nur erhalten, indem der bisherige Eigentümer, die alte Gesellschaft, es ihm überträgt. Es bedarf also bei einem Wechsel der rechtlichen Gestaltung der Gesellschaft hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände besonderer Uebertragungsakte, d. h. bei Grundstücken und grundstücksähnlichen Rechten der Auflassung und der Eintragung. Liegt dagegen zwischen der neuen und der alten Gesellschaft Identität vor, so geht auch der Uebergang der einen Gesellschaft samt ihrem Vermögen zur anderen ipso iure vor sich. Diese Prinzipien für die rechtliche Beurteilung bei der Umwandlung von Gesellschaftsformen werden heute fast allgemein aufgestellt. Allerdings gehen in einzelnen speziellen Fällen die Ansichten öfters auseinander. Doch finden sich obige Grundregeln fast in der gesamten Literatur, so vor allem bei Oberneck,[1]) Güthe,[2]) Fuchs,[3]) Turnau-Förster[4]) und auch Makower.[5])

---

[1]) 1 § 68 570.
[2]) Anm. 20 zu § 20 GBO.
[3]) Anm. 4 A III zu § 925 BGB.
[4]) 1 Anm. III zu § 925 BGB. 447.
[5]) Anm. 1 i zu § 131 HGB.

Aus der Erörterung des vorhergehenden Paragraphen hat sich nun für den vorliegenden Fall ergeben, daß bei dem Uebergang einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft ein Wechsel in der rechtlichen Gestaltung nicht stattfindet. Sowohl die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wie die offene Handelsgesellschaft ist eine der Rechtspersönlichkeit entbehrende Gemeinschaft zur gesamten Hand. Eigentümer der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände sind also nicht nur bei der bürgerlichen, sondern auch bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit. Ein Wechsel in der Eigentümerstellung hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände findet also durch die Umwandlung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft nicht statt; das Vermögen geht daher ipso iure auf die neue offene Handelsgesellschaft über. Gehören zum Vermögen der Gesellschaft Grundstücke und grundstücksähnliche Rechte, so bedarf es zu ihrem Uebergang in das Vermögen der nunmehrigen offenen Handelsgesellschaft nicht erst neuer dinglicher Einigung und Eintragung, sondern die offene Handelsgesellschaft ist mit dem Augenblick ihrer Eintragung im Handelsregister ohne weiteres Berechtigte der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände, mithin auch im vorliegenden Falle des Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes geworden. Diese herrschende Ansicht vertritt außer den bereits oben Genannten vor allem noch Staub.[1])

[1]) Anm. 51 zu § 105 HGB. 423; Meurer stellt in seinen juristischen Personen 112 den Satz auf, daß bei Umwandlungen von Gesellschaften jeder Art — abgesehen von der Vorschrift des § 333 Abs. 3 HGB. — Auflassung und Eintragung erforderlich sei. „Denn selbst im Falle der Beibehaltung des bisherigen Personalbestandes liege eine neue Gesellschaft, eine Rechtseinheit nach außen vor, wenn auch nach innen dieselben Personen geblieben seien". Meurer steht aber mit dieser Ansicht keineswegs im Gegensatz zu der herrschenden Theorie. Denn er bezieht diesen Satz lediglich auf die von ihm so genannten Gesellschaften mit formeller Rechtsfähigkeit. Zu diesen Gesellschaften, deren Begriffsbestimmung er aaO. 79 dahin gibt, daß sie nach außen wie eine juristische Person funktionieren, nach innen jedoch kraft positiver Normierung das Bild der Gesellschaft zeigen können, rechnet er die offene Handelsgesellschaft, die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, die Aktiengesellschaften und andere, nicht jedoch die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Eine Umwandlung dieser bürgerlichen Gesellschaft in eine offene Handelsgesellschaft kann also auch nach Meurer, da eine Veränderung der Rechtseinheit nicht vorliegt, ohne besondere Uebertragungsakte erfolgen.

Durch den Uebergang des Gesellschaftsvermögens auf die offene Handelsgesellschaft tritt diese, und zwar unter ihrer Firma, als Berechtigte nach außen hin auf und schließt unter dieser Firma Rechtsgeschäfte ab. Für den Grundbuchverkehr würde sich daraus ein Gegensatz zu den vorhandenen Eintragungen ergeben. Denn im Grundbuch sind noch die mehreren Gesellschafter der früheren Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Berechtigte bezw. Verpflichtete verzeichnet, während an deren Stelle jetzt eine offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma getreten ist. Aus alledem ergibt sich, daß infolge des Ueberganges des Vermögens einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts auf eine offene Handelsgesellschaft hinsichtlich der im Grundbuch eingetragenen Rechte eine Berichtigung des Grundbuchs notwendig ist. Dieses formelle Erfordernis erwähnen ausdrücklich hauptsächlich Güthe[1]) und Oberneck.[2]) Abgesehen hiervon ist aber das Hypotheken- und Nießbrauchsrecht unverändert auf die nunmehrige offene Handelsgesellschaft übergegangen.

---

[1]) aaO. Anm. 20, zu § 20 GBO.

[2]) aaO. 1, 575.

Abschnitt V.

Das Ausscheiden der Gesellschafter aus der nunmehrigen offenen Handelsgesellschaft bis auf einen.

§ 9.

Bedeutung des „Ausscheidens" von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft und Fälle des Ausscheidens.

Das Handelsgesetzbuch spricht im 4. Titel des Abschnittes über die offene Handelsgesellschaft im 2. Buche „von der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden von Gesellschaftern". Indem es also die Auflösung der Gesellschaft von dem Ausscheiden von Gesellschaftern unterscheidet, nimmt es für den Fall des Ausscheidens an, daß die Gesellschaft in ihrem Bestande unverändert bleibt, daß mithin eine Auflösung der Gesellschaft nicht stattfindet. Selbst wenn Gründe vorhanden sein sollten, welche an sich gemäß der Vorschrift des § 131 HGB. die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen würden, können unter gewissen Voraussetzungen diese Auflösungstatsachen nur in der Person eines Gesellschafters zur Wirkung gelangen. Es braucht also eine Beendigung der Gesellschaft nicht ohne weiteres einzutreten, sondern der Gesellschafter, in dessen Person die Auflösungsgründe gegeben sind, hört auf, an der gesellschaftlichen Verbindung fernerhin teilzunehmen, indem er, wie es das Gesetz ausdrückt, aus der Gesellschaft „ausscheidet". In den § 138—142 gibt das Handelsgesetzbuch eine Reihe von Fällen, in denen ein solches Ausscheiden eines Gesellschafters behandelt wird. Hierbei wird mehrmals ausdrücklich von dem Ausscheiden von Gesellschaftern gesprochen, während des öfteren nur die Bestimmung getroffen ist, daß für die Auseinandersetzung die Vorschriften über das Ausscheiden zur Anwendung gelangen sollen; der § 140 endlich handelt lediglich von

der Ausschließung eines Gesellschafters, ohne auf die Art und Weise, wie sich diese Ausschließung vollzieht, des näheren einzugehen. Alle diese Fälle sind aber in ihren rechtlichen Folgen als gleich zu behandeln. Im Gegensatz zu den Anschauungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches hat sich das neue Handelsgesetzbuch, hauptsächlich im Anschluß an das Bürgerliche Gesetzbuch, zu der Ansicht bekannt, daß auch die Ausschließung ebenso nach den Vorschriften über das Ausscheiden von Gesellschaftern zu beurteilen sei.[1] Unter diesen beiden Hauptgruppen des freiwilligen und des unfreiwilligen Ausscheidens von Gesellschaftern umfaßt das Gesetz im § 138 mehrere Fälle des freiwilligen Ausscheidens. In dem genannten Paragraphen findet sich die Bestimmung, daß einmal, wenn ein Gesellschafter kündigt, sodann, wenn er stirbt, und schließlich, wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen kann, indem der Gesellschafter, in dessen Person das Ereignis eintritt, aus der Gesellschaft ausscheidet. Diese Vorschrift kann jedoch allein unter der Voraussetzung angewendet werden, daß sich in dem Gesellschaftsvertrage eine Bestimmung findet, laut welcher für den Fall des Eintritts eines solchen Ereignisses eine Auflösung der Gesellschaft nicht stattfinden soll. Ist jedoch eine derartige Vereinbarung im Gesellschaftsvertrage nicht enthalten, so würde an sich stets eine Auflösung der Gesellschaft stattfinden müssen. Das Gesetz gibt jedoch im § 141 zwei Fälle, in denen trotz des Fehlens einer entsprechenden Abmachung im Gesellschaftsvertrage die Gesellschafter einen Beschluß fassen können, daß die Gesellschaft unter einem „Fortbestehen„[2] solle, und dann ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet. Ein solcher Beschluß der übrigen Gesellschafter ist insbesondere dann möglich, wenn ein Privatgläubiger eines Gesellschafters von dem ihm nach § 135 des Handelsgesetzbuches gegen die Gesellschaft zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch macht, anderseits wenn über das

[1] Hierüber handeln vor allem die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches in den Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, 4b und ebenso auch die Ausführungen bei Makower 1 Anm. III zu § 138; Staub Anm. 3 zu § 140; Staub Anm. 8 und 9 zu § 140 HGB.

[2] Daß dieser Ausdruck „Fortbestehen" mit dem später verwendeten „Fortsetzung" der Gesellschaft nicht identisch ist, wird weiter unten noch des näheren erörtert werden.

Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet wird. In diesem Falle hat die Erklärung, daß die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, gegenüber dem Konkursverwalter zu erfolgen.

Die wichtigste Voraussetzung aller dieser bisher erwähnten Bestimmungen ist aber die, daß nach dem Ausscheiden des einen Gesellschafters unter den übrigen noch eine „Gesellschaft" fortbesteht. Sie berücksichtigen also lediglich die Fälle, bei denen vor dem Ausscheiden des einen Gesellschafters mehr als zwei Gesellschafter vorhanden waren; ihre Anwendung ist daher dann, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, nicht möglich. Denn in diesem Falle würde bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters eine „Gesellschaft" nicht mehr übrig bleiben. Die Besonderheit, daß auch bei einer aus zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft ein Gesellschafter, welcher sich von der gesellschaftlichen Verbindung trennt, wie ein Ausscheidender im Sinne der oben genannten Bestimmungen behandelt werden kann, erwähnt allein der § 142. Er gibt einmal für den Fall, daß in der Person des einen der beiden Gesellschafter die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Anzahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, anderseits dann, wenn ein Privatgläubiger von dem ihm nach § 135 des Handelsgesetzbuches zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch macht, oder wenn der Konkurs über das Vermögen des einen Gesellschafters eröffnet wird, dem anderen Gesellschafter das Recht, bei Gericht einen Antrag dahin zu stellen, daß er für berechtigt erklärt wird, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Für die Auseinandersetzung sollen dann auch in diesem Falle die Grundsätze über das Ausscheiden von Gesellschaftern zur Anwendung kommen.

Aus der vorhergegangenen Betrachtung ist ersichtlich, daß das Handelsgesetzbuch in mehreren Fällen ein Ausscheiden eines Gesellschafters und zwar unter Vermeidung der Auflösung der Gesellschaft angenommen hat. Es fragt sich jedoch, ob durch die im Gesetz enthaltenen Bestimmungen eine ausschließliche Regelung sämtlicher Möglichkeiten des Ausscheidens von Gesellschaftern gegeben werden sollte, oder ob etwa durch Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander ein Ausscheiden von einzelnen Gesellschaftern auch in anderen als in den vom Gesetz geregelten Fällen vor sich gehen kann. So erscheint es zweifelhaft, ob nicht

außer den im § 138 des Handelsgesetzbuches vorgesehenen Möglichkeiten auch dann, wenn im Gesellschaftsvertrage keine auf den Fortbestand der Gesellschaft hinzielende Vereinbarung enthalten ist, trotzdem eine Fortführung der Gesellschaft stattfinden kann: ferner ob nicht auch bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft noch in anderen als den im § 142 des Handelsgesetzbuches genannten Fällen ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden und der andere das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen kann.

In den bisher genannten Paragraphen war davon die Rede, daß die Gesellschaft durch Ereignisse, welche in der Person eines Gesellschafters eintreten, und die an sich die Auflösung der Gesellschaft bedingen müßten, nicht berührt wird, sondern daß sie trotz dieser Ereignisse „fortbestehen" solle. In den §§ 134, 139, 144 handelt das Gesetz von Fällen, in denen eine „Fortsetzung" einer Gesellschaft zulässig ist, und zwar soll dies einmal stillschweigend nach dem Ablauf der für die Dauer der Gesellschaft bestimmten Zeit, anderseits mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters und schließlich auch nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft möglich sein.

Die beiden Begriffe „Fortbestehen" und „Fortsetzung" sind nun, wie auch aus dem Handelsgesetzbuch hervorgeht, scharf von einander zu trennen. Beim Fortbestand der Gesellschaft bleibt sie in ihrer gesamten Existenz die gleiche, wogegen die Fortsetzung einer Gesellschaft stets eine vorangegangene Auflösung erfordert. Dies tritt besonders deutlich im § 144 des Handelsgesetzbuches, dem der § 138 gegenüber zu stellen ist, zutage. Im § 144 sagt das Gesetz ausdrücklich, das eine durch Konkurseröffnung „aufgelöste" Gesellschaft fortgesetzt werden kann, wogegen im Falle des § 138 eine Auflösung der Gesellschaft überhaupt nicht stattfindet. Im Gegensatz zu den Ausführungen Makowers[1]) ist daher m. E. der Ansicht Lehmann und Rings[2]) stattzugeben, daß das Handelsgesetzbuch die beiden Begriffe „Fortbestehen" und„ Fortsetzung" nicht gleich behandeln will, sondern von einander unterscheidet. Von den Vertretern der anderen Richtung wird als Gegenargument gegen diese Meinung der § 134 des Handelsgesetzbuches angeführt. Wenn

---

[1]) Anm. IIIa zu § 131.

[2]) Lehmann-Ring, Einleitung zu § 131, 283.

auch in diesem Paragraphen der Vorgang einer Auflösung der Gesellschaft nicht offensichtlich wird, so läßt sich dennoch hier die Unterscheidung des Gesetzes erkennen; denn wie die aufgelöste Gesellschaft im Augenblicke der Auflösung durch ausdrücklichen Vertrag fortgesetzt werden kann, eine Auflösung jedoch dann stattgefunden hat, so läßt sich auch bei einer stillschweigenden Fortsetzung im Augenblick des Eintritts der Auflösung trotzdem eine stattgehabte Auflösung annehmen. Der Wille des Gesetzgebers, die Begriffe „Fortbestehen" und „Fortsetzung" scharf von einander zu trennen, geht auch schon aus der Denkschrift zum Entwurfe des Handelsgesetzbuches[1]) hervor. Denn auch diese spricht in genauer Konsequenz nur dann von einer „Fortsetzung" der Gesellschaft, wenn vorher eine Auflösung stattgefunden hat.

Eine solche Fortsetzung der Gesellschaft nach stattgehabter Auflösung müßte man nun annehmen, wenn man außer den oben genannten Fällen eine Fortführung der Gesellschaft unter Wegfall des einen oder des anderen Gesellschafters für zulässig erachten will. Fraglich ist jedoch, ob nicht das Gesetz, indem es in den §§ 134, 139 und 144 von der „Fortsetzung" der offenen Handelsgesellschaft spricht, ebenfalls eine erschöpfende Regelung sämtlicher Fälle der Fortsetzung der Gesellschaft geben wollte. Dem ist aber nicht so. Schon die Denkschrift hebt aaO. 50 bei der Behandlung des § 142 des Entwurfes hervor, daß die Annahme der Fortsetzung einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft auch in anderen als den vom Gesetz geregelten Fällen durchaus dem praktischen Bedürfnisse entspreche. „Da aber bereits zur Zeit des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches Wissenschaft und Rechtsprechung die Fortsetzung einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft auch in anderen Fällen als bei der Auflösung durch Zeitablauf, Konkurseröffnung usw. vielfach angenommen haben, bedürfe es einer besonderen gesetzlichen Anerkennung sämtlicher Möglichkeiten einer solchen Fortsetzung nicht." Diese hiermit von dem Gesetzgeber vertretene Auffassung gilt heute als die herrschende. Allerdings wird in neuerer Zeit des öfteren behauptet, daß eine Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft nur in den vom Gesetz geregelten Fällen zu gestatten sei. So sind Lehmann—Ring,[2]) Goldmann[3]) und auch das

[1]) Materialien zum Handelsgesetzbuch 48—50.
[2]) aaO. Anm. No. 4 zu § 131 HGB.
[3]) aaO. Anm. 23 zu § 131.

Kammergericht in einer Entscheidung vom 18. November 1901[1]) der Ansicht, daß eine durch den Eintritt des Todes eines Gesellschafters aufgelöste Gesellschaft nicht mehr fortgesetzt werden könne. Eine solche Annahme der Unmöglichkeit der Fortsetzung einer Gesellschaft erscheint jedoch in jeder Beziehung willkürlich und durch nichts gerechtfertigt. Vor allem steht sie im Widerspruch mit dem Willen des Gesetzgebers und ist schon aus diesem Grunde abzulehnen.

Nun wird allerdings zu einer solchen Fortsetzung einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, wie auch die herrschende Meinung annimmt, ein Beschluß sämtlicher bei der Auflösung der Gesellschaft vorhandenen Gesellschafter erforderlich sein. Aus diesem Grunde hat bereits das Reichsoberhandelsgericht für den Fall der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters, m. E. mit Recht, den Standpunkt vertreten, daß eine Fortsetzung der Gesellschaft durch einen Vertrag allein zwischen den übrigbleibenden Gesellschaftern nicht für zulässig zu erachten sei.[2]) Ein solcher Beschluß würde eine Verletzung eines der hauptsächlichsten Grundsätze des Gesellschaftsrechtes, nämlich des der Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter bei den Gesellschaftsgeschäften, bedeuten. Die nur von mehreren der früheren Gesellschafter beschlossene Fortsetzung der Gesellschaft würde daher nicht als eine Fortsetzung der früheren Gesellschaft, sondern als eine völlige Neugründung anzusehen sein.[3]) Wenn nun auch der durch den Tod aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter an dem die Fortsetzung bestimmenden Beschluß selbst nicht mehr teilnehmen kann, so sind doch gemäß § 137 des Handelsgesetzbuches seine Erben auch in seine Rechtsstellung als Gesellschafter eingetreten, und es ist daher für die Festsetzung einer solchen Fortführung die Teilnahme der Erben des verstorbenen Gesellschafters erforderlich. Dieser Auffassung des Reichsoberhandelsgerichtes schließen sich an Staub Anm. 2 zu § 131, Makower III b zu § 131; Cosack 7. Aufl. 2. Hälfte § 198 III 2 b und Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften, Leipzig 1881, 472. Auch die Praxis vertritt die gleiche Meinung, so das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 19. Dezem-

[1]) RGZ. 23 A 93.

[2]) ROHG. Entsch. 6 113.

[3]) Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, 4543.

ber 1890, Bolze, Praxis des Reichsgerichts, II No. 264, S. 131 und das Kammergericht in einer Entscheidung vom 6. Juni 1903, KGJ. **26** A 233.

Ist aber ein solcher einstimmiger Beschluß der sämtlichen bei der Auflösung vorhandenen Gesellschafter oder deren Erben gefaßt worden, dann kann auch eine Fortsetzung der Gesellschaft stattfinden. Die Vereinbarungen, die die Gesellschafter in einem solchen Beschluß für die Fortsetzung der Gesellschaft treffen, können nun teils dahin gehen, daß die sämtlichen bei der Auflösung der Gesellschaft vorhandenen Gesellschafter die Gesellschaft fortsetzen, oder daß der eine oder der andere Gesellschafter wegfällt, und die Gesellschaft nur von den Uebrigbleibenden fortgesetzt wird. Auf diese Weise ergeben sich die verschiedensten Möglichkeiten der Fortsetzung einer bereits aufgelösten offenen Handelsgesellschaft. Der besondere Fall, daß auch bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft außer den Bestimmungen des § 142 des Handelsgesetzbuches eine Fortsetzung der Gesellschaft nach stattgehabter Auflösung dergestalt möglich ist, daß der übrigbleibende Gesellschafter das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird weiter unten noch behandelt werden.

Selbst wenn eine derartige Fortsetzung einer aufgelösten Handelsgesellschaft auch in anderen als den vom Gesetz geregelten Fällen für zulässig zu erachten ist, so könnte trotzdem die Frage gestellt werden: Liegt nicht dennoch in einer solchen Fortsetzung der Gesellschaft eine Neugründung, und ist deshalb bei einem Wegfall von Mitgliedern der Gesellschaft eine Anwendung der Vorschriften über das Ausscheiden von Mitgliedern ausgeschlossen?

Bevor diese Frage beantwortet werden kann, muß zunächst allgemein untersucht werden, in welcher Weise sich das „Ausscheiden" von Mitgliedern aus der offenen Handelsgesellschaft vollzieht, welche Wirkungen insbesondere das Ausscheiden von Mitgliedern auf die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände, also auch auf ein der Gesellschaft zustehendes Hypotheken- und Nießbrauchsrecht ausüben.

§ 10.

Uebergang des zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes auf die durch das Ausscheiden von Gesellschaftern veränderte offene Handelsgesellschaft.

Das Handelsgesetzbuch gibt für die Frage, in welcher Weise sich das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der offenen Handelsgesellschaft vollzieht, keine Bestimmung. Laut § 104 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches finden jedoch auf die offene Handelsgesellschaft die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung, und zwar handeln die §§ 738—740 über die Art und Weise des Vorganges des Ausscheidens von Gesellschaftern aus der Gesellschaft. In Betracht kommt für die Beurteilung des vorliegenden Falles die Bestimmung des § 738 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welche dahin lautet, daß im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft sein Anteil den übrigen „anwächst".

Was bedeutet jedoch diese Anwachsung des Anteils des Ausscheidenden an die übrigen Gesellschafter, und in welcher Weise geht sie vor sich?

In genauer Schlußfolgerung der oben dargelegten individualistischen Auffassung des Gesellschaftsverhältnisses nahm der I. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch an, daß die Anteilsanwachsung des Ausscheidenden an die die Gesellschaft fortführenden Gesellschafter sich nicht von selbst vollziehe, sondern daß es hierzu besonderer Uebertragungsakte bedürfe. Der § 658 des Entwurfes führt im Absatz 4 aus, daß „der ausscheidende Gesellschafter verpflichtet sei, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen an die übrigen Gesellschafter zu „übertragen". Diese „Uebertragung" würde nun hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke und grundstücksähnlichen Rechte eine erneute Auflassung und Eintragung erforderlich machen.

Im Gegensatz zu diesen Anschauungen führte die 2. Kommission für die Gesellschaft das deutschrechtliche Prinzip der gesamten Hand ein und gab als hauptsächlichstes Merkmal dieses Grundsatzes im § 719 die Bestimmung, daß der einzelne Gesellschafter über seinen Anteil an dem Gesell-

schaftsvermögen und den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen nicht verfügen dürfe. Aus der hierdurch geschaffenen Selbständigkeit des gesellschaftlichen Vermögens ergibt sich die notwendige Folgerung, daß für den Fall des Ausscheidens von Gesellschaftern besondere Uebertragungsakte nicht stattzufinden brauchen. Denn in einer solchen „Uebertragung" des Anteils an die übrigbleibenden Gesellschafter würde eine „Verfügung" über den Anteil und damit eine Verletzung der Vorschrift des § 719 des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegen. Anderseits muß die Notwendigkeit besonderer Uebertragungsakte zwischen dem ausscheidenden und den übrigbleibenden Gesellschaftern schon aus Zweckmäßigkeitsgrundsätzen verneint werden. Das Gesellschaftsvermögen soll dem gemeinschaftlichen Nutzen der Gesamtheit der Gesellschafter, welche die offene Handelsgesellschaft bilden, dienen. Da nun trotz des Ausscheidens von Gesellschaftern die Gesellschaft fortbesteht, mithin die Gesamtheit die gleiche bleibt, so ergibt sich daraus, daß auch das dieser Gemeinschaft zur gesamten Hand zustehende Gesellschaftsvermögen für die Gesellschaftszwecke erhalten werden muß. Die die Gesellschaft fortführenden Gesellschafter sind an dem Vermögen in der gleichen Weise berechtigt wie früher, nur hat die Anteilsberechtigung des Ausscheidenden aufgehört, und es verfügt jetzt die verminderte Gesellschaft über das Gesellschaftsvermögen. „Sie kann," wie die Protokolle[1]) ausführen, „mit dem Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftszwecken entsprechend verfahren, ohne durch ein etwaiges Einspruchsrecht des Ausscheidenden behindert zu werden." Die Anwachsung des Anteiles des Ausscheidenden an die Uebrigbleibenden vollzieht sich „kraft Gesetzes", und es ergibt sich hieraus für Grundstücke und grundstücksähnliche Rechte die Schlußfolgerung, daß zu ihrem Uebergang auf die fortgeführte Gesellschaft eine erneute Auflassung und Eintragung nicht erforderlich ist. Ein der Gesellschaft zustehendes Hypothekenrecht geht also ipso iure auf die durch das Ausscheiden von Gesellschaftern veränderte Gesellschaft über.

Nicht ohne weiteres läßt sich dies aber von dem der Gesellschaft zustehenden Nießbrauchsrechte sagen. Infolge der eigenartigen Natur dieses höchstpersönlichen Rechtes können hier Zweifel entstehen, ob das Recht trotz Wegfalls des einen oder des anderen Berechtigten bei Bestand

---

[1]) 2471.

bleiben kann. Es ist des näheren erörtert worden, daß der Gesellschaft, ohne daß dadurch ein verbotenes Nutzungspfandrecht begründet wurde, neben der hypothekarischen Sicherung noch ein Nießbrauchsrecht am Grundstücke des Schuldners bestellt werden konnte. Hervorgehoben wurde jedoch hierbei, daß in der Bestellung des Nießbrauchsrechtes nicht eine Verletzung der Vorschrift des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches liegen dürfe. Der § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches sagt, daß das Nießbrauchsrecht beim Tode des Nießbrauchers, oder wenn es einer juristischen Person zusteht, mit dem Erlöschen dieser juristischen Person sein Ende erreicht. Infolge dieser Bestimmung erscheint es zweifelhaft, ob nicht dann, wenn ein Gesellschafter durch Tod aus der Gesellschaft ausscheidet, damit auch entsprechend dem genannten Paragraphen ein Wegfall des der Gesellschaft bestellten Nießbrauchsrechtes eintreten muß. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es der Entscheidung, ob etwa die offene Handelsgesellschaft, wie öfters, so auch im Falle des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches als juristische Person behandelt werden kann, und infolgedessen das ihr eingeräumte Nießbrauchsrecht erst mit dem Erlöschen der Gesellschaft selbst untergeht, oder ob entsprechend der Ansicht, daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sei, die Bestimmung des 1. Absatzes des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden sei. Diese letzte Meinung wurde früher von Cosack[1]) vertreten, heute stehen auf dem gleichen Standpunkte noch Crome[2]) und Maenner.[3]) Von diesen wird der § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches dahin interpretiert, daß bei der Bestellung des Nießbrauchs für eine offene Handelsgesellschaft das Recht mit dem Tode des letzten, zur Zeit der Bestellung vorhandenen Gesellschafters erlischt. Als Begründung hierfür wird der Satz aufgestellt, daß bei einem Nießbrauch für eine offene Handelsgesellschaft die einzelnen Mitglieder die Nießbrauchsberechtigten seien.[4]) Dem ist aber m. E. nicht ohne weiteres zu folgen. Die offene Handelsgesellschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand besitzt ein allein für die Gesellschaftszwecke bestimmtes Sondervermögen, über das nur die Gesamtheit der Gesellschafter zu verfügen berechtigt

---

[1]) 3. Aufl. 2 § 216 IV 1, 189, BBB.
[2]) 3 528 Anm. 27.
[3]) Das Sachenrecht 329 Anm. 2.
[4]) Crome aaO. 528.

ist. Geschäfte, die dieses Gesellschaftsvermögen betreffen, schließt die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma ab. Wird daher für dieses Vermögen durch die Gesellschaft unter ihrer Firma ein Nießbrauch erworben, oder gelangt durch Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft ein solcher Nießbrauch in das Gesellschaftsvermögen, so folgt daraus, daß das Nießbrauchsrecht der offenen Handelsgesellschaft, d. h. der Gesamtheit der Gesellschafter zustehen, und, solange die offene Handelsgesellschaft besteht, in Gültigkeit bleiben soll. Diese Anwendung der Bestimmung des § 1061 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den vorliegenden Fall steht m. E. keineswegs im Widerspruch mit der Verneinung der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. Denn daraus, daß die offene Handelsgesellschaft in gewissen Beziehungen wie eine juristische Person behandelt wird, geht durchaus noch nicht hervor, daß sie eine juristische Person ist. Es würde zu einem unmöglichen und dem praktischen Bedürfnis durchaus nicht entsprechenden Resultat führen, wollte man in Fällen, in denen der Nießbrauch offenbar der Gesellschaft als solcher eingeräumt werden und an ihren Bestand gebunden sein sollte, annehmen, daß, wenn ein Gesellschafter aus irgend einem Grunde aus der Gesellschaft ausscheidet, diese aber unter den übrigen fortbesteht, das zum Vermögen der Gesellschaft gehörende Nießbrauchsrecht untergehen muß. So ist denn mit der herrschenden Meinung die offene Handelsgesellschaft im Falle des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als juristische Person zu behandeln. Vertreten wird diese Ansicht von Planck, Anm. 3 zu § 1061, 433; Dernburg **3** § 185 2, 606; Biermann Anm. b zu § 1061, 258; Gierke, Deutsches Privatrecht **2** 685 Anm. 30 m; Türcke-Niedenführ Anm. 1 und 4 zu § 1061; Predari aaO. Anm. 1 zu § 24 der Grundbuchordnung; Kretzschmar, Sachenrecht, Anm. 3 zu § 1061 328 und in der Praxis durch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 28. April 1886, **16** 2.[1])

Allerdings wird nicht in allen Fällen, in denen einer offenen Handelsgesellschaft ein Nießbrauch eingeräumt wird, angenommen werden können, wie es Staudinger[2]) und Dernburg[3]) tun, daß der Nießbrauch

[1]) Endemann **2** Anm. 12 zu § 103 seines Lehrbuches hält, jedoch ohne Gründe anzugeben, die Anwendung des § 1061 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die offene Handelsgesellschaft für zweifelhaft.

[2]) Anm. **2** zu § 1061 **3**, 5.—6. Aufl. 1910.

[3]) aaO. 606.

der Gesellschaft für die Dauer ihrer Existenz zustehen solle. Eine solche Schlußfolgerung würde m. E. zu weitgehend sein. Denn es kann vorkommen, daß die Bestellung des Rechtes in der Weise erfolgt, daß nur die bei dem Abschluß des Rechtsgeschäftes vorhandenen Gesellschafter die Nießbrauchsberechtigten sein sollen. Dann würde es in der Tat der höchstpersönliche Charakter des Nießbrauchsrechtes erfordern, daß die Gesellschaft nur so lange Nießbrauchsberechtigte bleiben kann, als eine der Personen, für die gerade die Einräumung des Rechtes erfolgt ist, noch am Leben ist. Aus diesem Grunde ist m. E. der vermittelnden Meinung von Kretzschmar,[1] Fuchs[2] und Turnau-Förster[3] zu folgen, daß es in jedem einzelnen Falle mehr eine Frage der Auslegung ist, ob der Nießbrauch nur den einzelnen Gesellschaftern persönlich oder der Gesellschaft als solcher, d. h. für ihre Dauer bestellt werden sollte. Geht aber das letzte aus dem Bestellungsgeschäft deutlich hervor, dann steht ihr der Nießbrauch entsprechend der Bestimmung des § 1061 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch bis zu ihrem Erlöschen zu. Durch das Ausscheiden von Mitgliedern wird demnach die offene Handelsgesellschaft nicht berührt, und die zu ihrem Vermögen gehörenden Gegenstände gehen ipso iure auf die um die ausgeschiedenen Gesellschafter verringerte Gesellschaft über.

Wann kommen aber die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Ausscheiden von Gesellschaftern zur Anwendung?

Es ist oben dargelegt worden, daß außer den gesetzlichen Fällen des Fortbestehens einer offenen Handelsgesellschaft auch noch andere Möglichkeiten einer rechtlich gleich zu behandelnden Fortführung der offenen Handelsgesellschaft gegeben sind und zwar die „Fortsetzung" einer bereits aufgelösten offenen Handelsgesellschaft durch Beschluß sämtlicher, bei der Auflösung vorhandenen Gesellschafter oder deren Erben. Fraglich ist jedoch, ob auch hierfür die Vorschriften über das Ausscheiden von Gesellschaftern zur Anwendung gelangen können.

Um dies beantworten zu können, muß zunächst die rechtliche Natur des Vorganges, der vom Handelsgesetzbuch als „Auflösung" der

---

[1] Das Grundbuchrecht, 262.

[2] Anm. 2 zu § 1061 BGB.

[3] Anm. 3 zu § 1061 BGB.

Gesellschaft bezeichnet wird, untersucht werden. Da für die Auseinandersetzung der den Gesellschaftern an dem Gesellschaftsvermögen zustehenden Anteile nach stattgehabter Auflösung für die Gesellschaft zunächst das Liquidationsverfahren beginnt, so bedeutet die im § 131 des Handelsgesetzbuches sogenannte Auflösung der Gesellschaft nicht einen völligen Untergang des unter den Gesellschaftern bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses. Das gesellschaftliche Band bleibt vielmehr bis zur Beendigung des Auseinandersetzungsverfahrens erhalten. Allerdings findet ein Geschäftsbetrieb durch die Gesellschaft, abgesehen von den durch die Auseinandersetzung gebotenen Geschäftsabschlüssen, nicht mehr statt. Es hört, wie schon die Protokolle zur Beratung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches es ausdrücken,[1]) die „produktive" Seite der Gesellschaft auf. Indem also die gesamthänderische Vereinigung über den Zeitpunkt der eigentlichen Auflösung hinaus noch erhalten bleibt, hat damit auch das dieser Gesamthänderschaft zustehende Gesellschaftsvermögen seine selbständige Existenz noch nicht verloren. Die offene Handelsgesellschaft bleibt also bis zur Beendigung des Auseinandersetzungsverfahrens Rechtsträgerin des Gesellschaftsvermögens.[2]) Ihre Identität ist demnach auch über den Zeitpunkt der Auflösung hinaus gewahrt, sodaß es z. B. zur Uebertragung von Gesellschaftsgegenständen an die einzelnen Gesellschafter bei der Auseinandersetzung, da ein Eigentumswechsel stattfindet, besonderer Uebertragungsakte bedarf.[3]) Eine solche Aenderung in der Eigentümerstellung findet aber durch den bloßen Eintritt der Gesellschaft in das Stadium der Liquidation oder, wie es Staub,[4]) Cosack,[5]) Behrend[6]) und andere nennen, bei dem Uebergang zur „Liquidationsgesellschaft" nicht statt. Die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände, hier also das Hypotheken- und das Nießbrauchs-

---

[1]) Lutz, Protokolle 4543.

[2]) In diesem Sinne auch das Reichsgericht in den Entscheidungen vom 5. Dezember 1889, 25 256, vom 9. Januar 1891, 27 95—96, vom 23. November 1893 32 256, vom 12. Oktober 1894, 34 362; ebenso Goldmann Anm. 6 zu § 145 HGB.

[3]) Dies hebt besonders Makower 1 Anm. II zu § 131 hervor.

[4]) Anm. 1 zu § 131.

[5]) § 197 III 682.

[6]) Handelsrecht § 62, 323.

recht, werden daher auch nach stattgehabter Auflösung der Gesellschaft in unveränderter Form weiter zustehen.

Unrichtig ist es m. E., wenn Planck, Anm. 3 zu § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Beendigung eines einer offenen Handelsgesellschaft eingeräumten Nießbrauchsrechtes schon mit dem Augenblick der Auflösung und nicht erst mit der Beendigung des Auseinandersetzungsvertrages annimmt und diese Ansicht damit begründet, daß ein derartig langer Bestand des Nießbrauchsrechtes wohl nicht der Bestellungsabsicht der Parteien entspräche. Diese Auffassung läßt sich einerseits nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang bringen; denn dieses nimmt den Untergang eines einer offenen Handelsgesellschaft bestellten Nießbrauchsrechtes erst mit dem „Erlöschen" der Gesellschaft selbst an. Die offene Handelsgesellschaft ist aber mit der Auflösung noch nicht „erloschen", sondern sie besteht, wie dargelegt, zum Zwecke der Liquidation noch fort. Anderseits erscheint es m. E. dem Zwecke des Nießbrauchs durchaus nicht widersprechend, wenn Einkünfte des Rechtes für die Auseinandersetzung verwendet werden, und es kann deshalb die Absicht der Parteien bei Abschluß des Bestellungsgeschäftes sehr wohl die gewesen sein, daß das Nießbrauchsrecht der Gesellschaft bis zu ihrem endgültigen „Erlöschen" zustehen soll. So wird denn von den meisten, so vor allem von Dernburg, § 185 No. 2, 541 **2**; Endemann Anm. 12 zu § 103, 645; Staudinger Anm. 2 zu § 1061; Crome **3** 528; Türcke-Niedenführ Anm. 4 zu § 1061 angenommen, daß, wenn nach der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft eine Liquidation stattfindet, die der Gesellschaft zustehenden Rechte ihr bis zur Beendigung der Liquidation verbleiben, eine Ansicht, die auch die Praxis seit langer Zeit vertritt, so vor allem das Reichsgericht in den Entscheidungen vom 28. April 1886, **16** 1, sowie für den Fall der Aktiengesellschaften in den Entscheidungen vom 29. Dezember 1880, **5** 7 und 8 und vom 21. Januar 1885, **14** 418, schließlich in der Entscheidung vom 13. Februar 1892, **28** 132.

Indem die Gesellschafter die Fortsetzung der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft beschließen, wird die nach der Auflösung eingetretene Liquidation nicht zu Ende geführt, sie wird, wie Makower es ausdrückt, „unterbrochen". Wird nun die jetzige Liquidationsgesellschaft von den sämtlichen beteiligten Gesellschaftern fortgesetzt, so hat sie ihre Identität

mit der früheren behalten, und zwar auch dann, wenn der eine oder der andere der Gesellschafter wegfällt. Da also die offene Handelsgesellschaft in ihrem rechtlichen Bestande durch eine solche Fortsetzung keineswegs berührt wird, so ergibt sich als notwendige Folge für die Art und Weise, in der sich dieser Wegfall des Gesellschafters vollzieht, die Anwendung der Vorschriften über das „Ausscheiden" von Gesellschaftern. So konstruiert auch die herrschende Meinung, wie Staub,[1] Makower,[2] Goldmann[3] und Oberneck[4] den Fall der Fortsetzung einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft unter Wegfall des einen Gesellschafters. Hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände findet also bei der Fortsetzung der aufgelösten offenen Handelsgesellschaft ein Eigentumswechsel nicht statt. Gehören zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke und grundstücksähnliche Rechte, so bedarf es, um für die fortgesetzte offene Handelsgesellschaft Eigentumsrechte an ihnen zu begründen, besonderer Uebertragungsakte, wie Auflassung und erneuter Eintragung, nicht, sondern der Uebergang in das Vermögen der fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft vollzieht sich ipso iure. Dies ist die übereinstimmende Ansicht der Literatur. Ausdrücklich sprechen dies aus in der Regel für den Fall einer durch Konkurseröffnung aufgelösten offenen Handelsgesellschaft neben anderen Turnau-Förster I Anm. III 2 zu § 925, 452; Oberneck I aaO. 573; Güthe Anm. 18 zu § 20 der Grundbuchordnung 436 und Makower I Anm. IIb zu § 124, 323.

§ 11.

Ausscheiden eines Gesellschafters aus der nur noch aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft und Uebergang des Hypotheken- und Nießbrauchsrechtes in das Vermögen des Uebrigbleibenden.

Es ist oben erwähnt worden, daß das Handelsgesetzbuch allein im § 142 zwei Fälle behandelt, in denen von einer nur aus zwei Gesell-

[1] Anm. 8 zu § 145, 543.
[2] Anm. IIIa zu § 145, 381.
[3] Anm. 17 zu § 145, 646.
[4] Bd. I § 68 2.

schaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine wegfällt. Hier soll der andere Gesellschafter für berechtigt erklärt werden können, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, und für die Auseinandersetzung sollen die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Bevor auf die Frage eingegangen werden wird, ob auch in diesem Falle die im Bürgerlichen Gesetzbuche in den §§ 738—740 für das Ausscheiden von Gesellschaftern gegebenen Bestimmungen zur Anwendung gelangen können, möge untersucht werden, ob außer den beiden in § 142 des Handelsgesetzbuches geregelten Möglichkeiten der Geschäftsübernahme einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden aufgelösten offenen Handelsgesellschaft durch den anderen Gesellschafter eine gleiche Rechtslage hergestellt werden kann, ob insbesondere auch nicht durch „Vereinbarung" unter den beiden die offene Handelsgesellschaft bildenden Gesellschaftern der eine Gesellschafter für berechtigt erklärt werden kann, nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Diese Frage ist bis in die neueste Zeit von Wissenschaft und Rechtsprechung fast einstimmig, m. E. aber mit Unrecht, verneint worden. So sprechen die Unmöglichkeit einer Anwendung der Vorschriften des § 142 auch auf andere Fälle als die gesetzlich geregelten ausdrücklich aus: Staub Anm. 6 zu § 142; Makower Anm. 6 zu § 142; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl. S. 465—466 und Die preußischen Grundbuchgesetze S. 9; Goldmann-Lilienthal, **2** S. 170 Anm. 22; Achilles-Strecker, S. 32 Anm. 7, und in der Praxis hat vor allem das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung diese Meinung vertreten. Von den zahlreichen Entscheidungen seien an dieser Stelle angeführt die vom 10. April 1893 in Johow Bd. **13** S. 228, vom 9. März 1891 aaO. **II** S. 127/28, vom 17. Februar 1902 aaO. **24** S. A 113, vom 17. November 1902 aaO. **25** S. A 261 und vom 4. August 1904 i. OLGRspr. **9** S. 255. Der Ansicht des Kammergerichts hat sich angeschlossen das Hanseatische Oberlandesgericht in einer Entscheidung vom 19. Juni 1901 in Lobe ZBlfFG. **2** 429, ebenso auch das bayrische oberste Landesgericht in München in einer Entscheidung vom 7. Oktober 1904 in Seuff A. **60** Nr. 52 98, desgleichen das Oberlandesgericht Colmar in einer Entscheidung vom 13. Juni 1905 i. Lobe ZBlfFG. **6** 347, schließlich das Landgericht Metz in einer Entscheidung vom 25. November 1901

im Recht, Jahrg. 1902 19. Als erstes Argument für die Begründung dieser Ansicht wird die Behauptung aufgestellt, daß der § 142 des Handelsgesetzbuches nur eine eine Ausnahme darstellende Sonderbestimmung habe geben wollen, welche erstens stets ein gerichtliches Urteil für die Konstituierung der Berechtigung des übrigbleibenden Gesellschafters zur Geschäftsübernahme voraussetze und zweitens, wie Staub aaO. annimmt, höchstens dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters dienen solle. Infolgedessen lasse sich eine Ausdehnung dieser Sonderbestimmung auf anders geartete Fälle, z. B. den der vereinbarten Geschäftsübernahme, in keiner Weise rechtfertigen.

Diese Gründe sind m. E. nicht stichhaltig. Die Vorschrift des § 142 des Handelsgesetzbuches ist, wie die Denkschrift[1]) hervorhebt, zu dem Zweck gegeben worden, um eine Lücke des alten Gesetzbuches auszufüllen, da bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft die Ausschließungsvorschriften nicht zur Anwendung gelangen konnten, weil diese ein Fortbestehen der Gesellschaft voraussetzen. Wenn nun der Gesetzgeber, um diesen Mangel des alten Handelsgesetzbuches abzustellen, die Bestimmung gab, daß der eine Gesellschafter für diesen Fall das Recht haben sollte, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, so sollte durch die Beseitigung dieses Mangels keineswegs zugleich eine erschöpfende Regelung aller der Fälle gegeben werden, in denen einer von zwei Gesellschaftern das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen kann. Die Bestimmung des § 142 des Handelsgesetzbuches bezweckt m. E. nicht, jegliche Möglichkeit auszuschließen, daß die Gesellschafter auch auf andere Weise, z. B. durch eine unter ihnen getroffene Vereinbarung, bestimmen können, daß der eine von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehme. Der § 142 unterbindet m. E. in keiner Weise die Vertragsfreiheit unter den Parteien.

Auf solche außerhalb des § 142 des Handelsgesetzbuches liegenden Fälle ist nun auch die Vorschrift des § 142 Abs. 3 unbedenklich anzuwenden. Es ergibt sich dies, wie das Reichsgericht in einer m. E. dem Willen des Gesetzgebers am meisten gerecht werdenden Art und Weise interpretiert,[2]) daraus, daß die Anwendung des § 142 Abs. 3

---

[1]) Denkschrift zu § 140 des Entwurfs S. 49.

[2]) So in der Entscheidung vom 23. Februar 1907 in Bd. 65 240.

nicht etwa voraussetzt, daß ein Gerichtsurteil für den anderen Gesellschafter vorausgegangen ist, oder daß ein Privatgläubiger des anderen Gesellschafters kündigt. „Es hat diese Vorschrift vielmehr ihren sachlichen Grund in dem allen diesen Fällen gemeinschaftlichen Umstande, daß ohne Liquidation eine Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven stattfindet." Der Behauptung Staubs, die Vorschrift des § 142 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches diene nur dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters, ist schließlich zu erwidern, daß im Gegenteil, wie auch der Gesetzgeber[1]) ausspricht, der andere, das Geschäft übernehmende Gesellschafter dadurch den Nutzen haben soll, eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens, die infolge der stattgefundenen Auflösung nötig wäre, und die den Geschäftsbetrieb lahmlegen würde, zu vermeiden. Es entspricht also schon dem praktischen Bedürfnisse, in allen Fällen, in denen nach Auflösung einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, für die Auseinandersetzung die Vorschriften über das Ausscheiden von Gesellschaftern gemäß § 142 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches zur Anwendung zu bringen. Eine gesetzliche Handhabe zur Annahme der Unmöglichkeit der Anwendung des § 142 Abs. 3 ist im geltenden Recht ebensowenig wie zur Zeit des früheren Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches vorhanden. Damals war Wissenschaft und Rechtsprechung der Meinung, daß z. B. im Falle vereinbarter Geschäftsübernahme der aus der gesellschaftlichen Vereinigung austretende Gesellschafter wie ein Ausscheidender zu behandeln sei, so besonders Staub, 1893 Anm. 3 zu Art. 127 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches; Hahn, Kommentar zum Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1879 330; Kayßner, Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuch, 1870 119 und in der Praxis das Reichsgericht in den Entscheidungen vom 5. Dezember 1889 in **25** 253 und 254, vom 12. Dezember 1889 i. JW. 1889 345 Nr 5, vom 23. Oktober 1893 i. Gruchot, **38** 1062 und vom 14. Oktober 1889 i. JW. 1889 609 Nr. 4. Warum sollte dies nicht auch im geltenden Recht angenommen werden?

Außer der bereits oben erwähnten, eine eingehende Begründung gebenden Entscheidung des Reichsgerichts vertreten diesen Standpunkt

---

[1]) Denkschrift zu § 140 des Entwurfes aaO.

noch: Lehmann aaO. 331; Oberneck I § 68 2h 574 sowie das Reichsgericht in den Entscheidungen vom 11. November 1903 in **56** 18, vom 18. Februar 1905 in **60** 156/57 und vom 22. Mai 1908 in **68** 418, desgleichen das Preußische Oberverwaltungsgericht in den Entscheidungen vom 10. Febr. 1897 in **31** 45/6 und vom 4. April 1902 in **41** 82/3, schließlich auch das Kammergericht in der im Gegensatz zu seiner sonstigen Rechtsprechung stehenden Entscheidung vom 15. August 1907 in HoldheimsMSchr. 16. Jahrg. 1907 276.

Da nun das Handelsgesetzbuch keine Bestimmungen darüber enthält, in welcher Weise das Ausscheiden von Gesellschaftern aus der offenen Handelsgesellschaft sich vollzieht, so kommen, wie bereits erwähnt, an sich gemäß § 105 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, die in den §§ 738/40 beim Ausscheiden eines Gesellschafters „aus der Gesellschaft" eine Anwachsung seines Anteiles an die übrigbleibenden Gesellschafter annehmen, zur entsprechenden Anwendung. Es fragt sich jedoch, ob auch für den vorliegenden Fall, in dem nach dem Austritt des einen der beiden Gesellschafter eine „Gesellschaft" nicht mehr besteht, trotzdem für die Auseinandersetzung die §§ 738/40 des Bürgerlichen Gesetzbuches in Betracht zu ziehen sind.

Auch diese Frage wird von einem großen Teile der Wissenschaft und Rechtsprechung verneint. So nehmen nicht allein die obengenannten Vertreter der Ansicht, daß der § 142 des Handelsgesetzbuches eine ausschließliche Regelung der Fälle einer Geschäftsübernahme durch einen von zwei offenen Handelsgesellschaftern gebe, in genauer Schlußfolgerung dieser Behauptung auch für den Uebergang des Eigentums auf den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter die Notwendigkeit besonderer Uebertragungsakte an, sondern es stehen ferner noch auf dem gleichen Standpunkt: Staudinger, **2** IV zu § 738 und **3** Bem. II 2g zu § 925; Biermann aaO. Bem. 4 zu § 925; Turnau-Förster **I.** 452/53; Kretzschmar aaO. Vorbem. I 1e zu § 925 168 und in Lobes ZBlfFG. **8** 526/28; Güthe aaO. **I** Anm. 18 zu § 20 GBO. 436; Predari aaO. Bem. 2 B c zu § 20 GBO. 572; Staub im Gegensatz zu früheren Auflagen in der von Könige, Strantz und Pinner bearbeiteten 8. Aufl. Anm. 3 142; Ritter, Handelsgesetzbuch 1. Hälfte, Anm. 7c zu § 105 149; Lehmann-Ring, aaO. Anm. Nr. 4 zu § 142; Lehmann, Die Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen

in GoldschmidtsZ. **50** 36 und Mügel, Die preußischen Kostengesetze, 218. In der Praxis wird diese Ansicht hauptsächlich vertreten vom bayrischen obersten Landesgericht in einer Entscheidung vom 27. März 1903 i. OLGRspr. **7** 334, vom Oberlandesgericht Dresden in mehreren Entscheidungen, so in den Beschlüssen vom 24. September 1901 in Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts Dresden **23** 51 und vom 18. November 1902 aaO. **24** 350, und vom Kammergericht in den Entscheidungen vom 21. Dezember 1903 in KGJ. **27** 277, vom 4. August 1904 in OLGRspr. **9** 254, vom 3. Oktober 1907 in der Sammlung der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, **9** 122 und vom 27. April 1908 aaO. 221, während die obengenannte Entscheidung vom 17. Februar 1902 in KGJ. **24** A 113 die Frage nur für zweifelhaft erklärt.

Als Gründe für die Rechtfertigung dieser Ansicht werden folgende Momente angeführt. Zunächst sei eine Anwendung der §§ 738/40 des Bürgerlichen Gesetzbuches beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nur für den Fall des § 138 des Handelsgesetzbuches gestattet. Dort sei der Fortbestand der „Gesellschaft", welcher für die Anwendung der §§ 738/40 des Bürgerlichen Gesetzbuches Voraussetzung sei, gesichert. Im § 142 dagegen könne man nach stattgehabter Auflösung von dem Fortbestehen einer „Gesellschaft" nicht mehr sprechen. Der § 142 Abs. 3 verlange auch eine „entsprechende" Anwendung der im bürgerlichen Recht über das Ausscheiden von Gesellschaftern bestehenden Vorschriften. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, die hier heranzuziehen seien, „entsprächen" aber dem vorliegenden § 142 des Handelsgesetzbuches nicht, denn sie verlangten ein Fortbestehen der „Gesellschaft". Aus diesem Grunde könne man auch eine Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht annehmen. Dem steht aber gerade die erwähnte Ausdrucksweise des Gesetzes entgegen. Indem dieses in § 142 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches eine „entsprechende" Anwendung der im bürgerlichen Recht geltenden Vorschriften über das Ausscheiden von Gesellschaftern verlangt, hat es die Notwendigkeit einer genauen Uebereinstimmung der zusammen anzuwendenden Paragraphen des Handelsgesetzbuches und des Bürgerlichen Gesetzbuches ausschließen wollen.[1])

[1]) Dies hält auch das Reichsgericht in der obengenannten Entscheidung in 64 238 den Vertretern der anderen Richtung entgegen.

Die „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts besteht eben darin, daß auch in solchen Fällen im Handelsgesetzbuch, in denen die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 738 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches sich nicht aus dem Wortlaut des Paragraphen sogleich ergeben, trotzdem diese Bestimmungen in Betracht zu ziehen sind. Denn welchen Sinn sollte eine Gesetzesvorschrift haben, die von der entsprechenden Anwendung einer anderen handelt, wenn man bei genauerer Betrachtung dieser anderen Gesetzesvorschrift zu dem Resultat kommen würde, daß diese Vorschrift überhaupt nicht angewendet werden kann. Dann hätte m. E. die erste Gesetzesvorschrift keine Berechtigung.

Als ein weiteres Argument für die Begründung ihrer Ansicht wird von der Gegenpartei behauptet, daß der § 142 des Handelsgesetzbuches in seinem ersten Absatz den anderen Gesellschaftern nur ein „obligatorisches“ Recht auf Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven gewähre. Indem hier im Gegensatz z. B. zum § 140 des Handelsgesetzbuches der beabsichtigte Erfolg nicht sofort hergestellt werde, könne auch von einer Gesamtnachfolge keine Rede sein, der Uebergang der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände vollziehe sich daher allein im Wege besonderer Uebertragungsakte. Auch dieses Moment ist als ein nicht stichhaltiger Beweisgrund für die Richtigkeit der von den obengenannten Schriftstellern vertretenen Theorie anzusehen. Im Bürgerlichen Gesetzbuche ist z. B. im § 737 für eine Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, unter Ausschließung eines ihrer Mitglieder in ihrem Bestande unverändert zu bleiben, indem das auszuschließende Mitglied nach § 736 aus der Gesellschaft ausscheidet und sein Anteil an dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 den übrigen Gesellschaftern ipso iure ohne besondere Uebertragungsakte anwächst. Der § 727 spricht aber nur von einem Ausschließungs-„rechte“, welches den übrigen Gesellschaftern zusteht. Die Herstellung des durch die Ausschließungsbefugnis beabsichtigten Zustandes tritt auch hier erst durch die Ausübung des Ausschließungsrechtes, d. h. durch die Abgabe der Ausschließungserklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter ein. Dadurch wird die dingliche Wirkung, nämlich die ipso iure erfolgende Anwachsung des Anteils des ausscheidenden an die übrigen Gesellschafter erzielt. Mit einer ähnlichen Berechtigung hat man es im Handelsgesetzbuch im § 142 zu tun. Auch wenn man hier den Standpunkt vertritt, daß die vom

Gericht auszusprechende Befugnis zur Geschäftsübernahme noch keine dingliche Wirkung erzeugt, so tritt diese Wirkung doch dann ein, wenn der andere Gesellschafter von der ihm durch das Gericht gewährten Berechtigung Gebrauch macht, d. h. wenn er das Geschäft übernimmt. Ebenso ist zu entscheiden, wenn dem Gesellschafter die Berechtigung zur Geschäftsübernahme nicht durch ein Gerichtsurteil, sondern auf andere Weise, z. B. durch eine unter den Gesellschaftern getroffene Vereinbarung eingeräumt wird. Uebernimmt der eine Gesellschafter an Stelle der Liquidation das Geschäft mit Aktiven und Passiven, und findet die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt, dann tritt damit auch die dingliche Wirkung des Ausscheidens von Gesellschaftern ein. Gemäß den Bestimmungen des § 738/40 des Bürgerlichen Gesetzbuches wächst der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters ipso iure dem übrigbleibenden Gesellschafter an. Es ergibt sich dies allein aus der Ausnahmevorschrift des § 142 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches, obwohl an sich eine „Gesellschaft" nicht mehr übrig bleibt. Hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände bedarf es also besonderer Uebertragungsakte nicht. Grundstücke und grundstücksähnliche Rechte gehen demnach ohne erneute Auflassung und Eintragung in das Eigentum des das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmenden Gesellschafters über. Außer in den bereits oben angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts und des preußischen Oberverwaltungsgerichts wird diese Ansicht noch vertreten von Fuchs, I. 211; Goldmann, Handelsgesetzbuch Anm. 15 zu § 142; Goldmann-Lilienthal, 2 § 31 I 1c 170; Achilles-Strecker aaO. 32; Makower Anm. IV zu § 142; Klumpp, aaO. § 153 I B 2b; Lastig, Die Auflösung der kaufmännischen Gesellschaften, in der Festgabe der Juristenfakultät Halle für Dernburg 1900 205; Staub im Kommentar zum Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Anm. 12 zu § 15 174 und in der 6/7. Aufl. des Kommentars zum Handelsgesetzbuch Anm. II zu § 142, und schließlich Jastrow, Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit 81 Anm. 2c. Von Entscheidungen aus der Praxis, die den gleichen Standpunkt einnehmen, seien an dieser Stelle angeführt außer der bereits oben erwähnten Entscheidung des Kammergerichts vom 15. August 1907 eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 14. März 1902 in DJZ. 1902 276 und eine Entscheidung des Landgerichts Stettin vom 18. Mai 1906

in der Juristischen Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen, Jahrg. 1906 117.

Da infolge dieser ipso iure vor sich gehenden Anwachsung des Anteiles des ausscheidenden an den das Geschäft übernehmenden Gesellschafter hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden dinglichen eintragungsbedürftigen Rechte neue Auflassung und Eintragung nicht erforderlich ist, so geht auch ein zum Vermögen der offenen Handelsgesellschaft gehörendes Hypothekenrecht ohne weiteres auf den letzten, das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmenden Gesellschafter über. Auch hier wird lediglich eine Grundbuchberichtigung erforderlich sein.

Fraglich ist jedoch, ob sich dieselbe Entscheidung auch für das der offenen Handelsgesellschaft zustehende höchstpersönliche Nießbrauchsrecht fällen lassen wird.

Tritt aus einer aus nur zwei Personen sich zusammensetzenden offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter aus, so kann von einem Fortbestande der Gesellschaft nicht mehr die Rede sein. Diese Ansicht wurde schon zur Zeit der Abfassung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches[1]) und auch noch später während dessen Geltung von Wissenschaft und Rechtsprechung einstimmig vertreten.[2]) Die gleichen Grundsätze herrschen auch im heutigen Recht. Da das Handelsgesetzbuch im § 105 die offene Handelsgesellschaft als eine „Gesellschaft" bezeichnet, für die laut Absatz 2, soweit nicht das Handelsgesetzbuch besondere Vorschriften gibt, die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zur Anwendung kommen, so ist der hauptsächlichste Grundsatz des Gesellschaftsrechtes des Bürgerlichen Gesetzbuches, nämlich das Erfordernis des Vorhandenseins von mindestens zwei Gesellschaftern für das Bestehen einer Gesellschaft — § 705 des Bürgerlichen Gesetzbuches — auch für die offene Handelsgesellschaft in Betracht zu ziehen. Ist also aus einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine aus-

[1]) Protokolle zur Beratung eines Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuches, 3 1009.

[2]) Dies sprechen auch das Reichsoberhandelsgericht in den Entscheidungen vom 7. Oktober 1873 11 160/1, vom 16. Juni 1882 17 121 und vom 31. März 1890 26 258, ebenso das Kammergericht in einer Entscheidung vom 28. Januar 1884 KGJ. 4 39 aus, auch Behrend, Handelsrecht, 1 1. Abt. 556.

geschieden, so hat damit die offene Handelsgesellschaft ihr Ende erreicht. Die infolge dieses Ausscheidens eingetretene Auflösung der Gesellschaft bedeutet also nicht allein ein Aufhören der produktiven Seite der Gesellschaft, sondern jegliche Rechtsgemeinschaft ist dadurch beendet worden. Das gesamthänderische Band ist, wie das Reichsgericht [1] es ausdrückt, damit zerstört. Hieran ändert die Tatsache nichts, daß der eine von den beiden übrigbleibenden Gesellschaftern das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen kann. Eine „Gesellschaft" ist trotzdem nicht mehr vorhanden.[2] Deren Bestand hat vielmehr aufgehört, und an ihre Stelle ist ein Einzelkaufmann getreten.[3] Nicht ganz unrichtig ist daher, wenn Lehmann[4] behauptet, das es ungenau sei, in diesem Falle von einem „Ausscheiden" des einen Gesellschafters zu sprechen: denn ein „Ausscheiden" setze einen Fortbestand der „Gesellschaft" voraus, was aber bei einer aus zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft nicht mehr der Fall sei. Aus den obigen Erörterungen hat sich allerdings ergeben, daß trotzdem für die Auseinandersetzung die Annahme eines Ausscheidens des einen Gesellschafters und eine Anteilsanwachsung an den anderen Gesellschafter bei der Uebernahme des Geschäftes durch diesen gerechtfertigt ist. Dennoch ist eine Auflösung der Gesellschaft stets unbedingt erforderlich gewesen,[5] und zwar bedeutet diese Auflösung ein absolutes Untergehen, ein Erlöschen der bisherigen offenen Handelsgesellschaft. Den gleichen Standpunkt nehmen außer den bereits Genannten noch Staub Anm. 1 zu § 131; Makower Anm. I h zu § 131; Oberneck I 574 und das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 28. Dezember 1900 in JW. 1901 Nr. 50 98 ein. Aus der Annahme der völligen Beendigung der offenen Handelsgesellschaft ergeben sich aber für den Bestand des ihr eingeräumten Nießbrauchsrechtes

---

[1] So das Reichsgericht in der bereits genannten Entscheidung vom 25. Februar 1907 in 65 235.

[2] Dies spricht auch das Reichsgericht in der bereits oben erwähnten Entscheidung vom 23. Mai 1908 in 68 414 aus.

[3] In dieser Weise äußert sich auch das preuß. OVG. in der Entscheidung vom 4. April 1902 in 41 82.

[4] § 64 N. 4. 331.

[5] Dies hebt auch das Reichsgericht in der bereits oben erwähnten Entscheidung vom 18. Februar 1905 in 60 156 hervor.

folgende Konsequenzen. Der Nießbrauch war an sich gültig für die Gesellschaft bestellt worden. Die Begründung des Rechtes durfte jedoch nicht widersprechend der Vorschrift des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches, d. h., wie dargelegt, nicht über den Zeitpunkt des Erlöschens der offenen Handelsgesellschaft hinaus erfolgen. Die Notwendigkeit der Beachtung dieser Vorschrift verstand sich von selbst, sie brauchte deshalb bei dem Bestellungsgeschäft nicht besonders berücksichtigt zu werden. Das Erlöschen der offenen Handelsgesellschaft ist aber nunmehr eingetreten. Damit ist auch, entsprechend der Vorschrift des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches, das der Gesellschaft bisher zustehende Nießbrauchsrecht außer Kraft getreten, ein Uebergang dieses Rechtes auf den das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmenden Gesellschafter ist daher nicht möglich. Das Untergehen des im Grundbuch eingetragenen Nießbrauchsrechtes erfolgt nun aber von Rechts wegen: es bedarf, wie auch die Literatur einstimmig annimmt, zur endgültigen Beendigung des Nießbrauchs, auch für das Verhältnis dritten Personen gegenüber, nicht erst einer grundbuchmäßigen Löschung des Rechtes. Sollte eine Löschung erfolgen, so hat diese lediglich den Charakter einer Grundbuchberichtigung.[1]) Mit der Auflösung der unter den beiden Gesellschaftern bestehenden offenen Handelsgesellschaft ist also auf den das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmenden Gesellschafter allein das Hypothekenrecht, welches der Gesellschaft bisher zustand, übergegangen. Das Nießbrauchsrecht dagegen, welches der Gesellschaft zur Sicherung ihrer Hypothekenforderung eingeräumt worden war, ist mit deren Auflösung untergegangen.

Erwähnt sei schließlich noch, daß die Frage des Ueberganges der Firma auf die durch das Ausscheiden von Gesellschaftern veränderte offene Handelsgesellschaft durch den § 24 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches geregelt wird. Er verlangt für den Fall, daß der Name des ausscheidenden Gesellschafters in der Firma enthalten ist, seine oder seiner Erben ausdrückliche Einwilligung zur Fortführung der Firma und kommt ebenso zur Anwendung, wenn bei einer aus zwei Gesellschaftern

[1]) Es erwähnen dies besonders: Staudinger Anm. 3 zu § 1061; Kretzschmar, Das Reichsgrundbuchrecht, 2 262; Crome 3 528; Biermann, SR. Anm. a zu § 1061; Fischer-Henle Anm. 5 zu § 1061; Türke-Niedenführ, Anm. 3 zu § 1061.

bestehenden offenen Handelsgesellschaft der eine von ihnen das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt.

§ 12.

Schlußbetrachtung.

In den bisherigen Paragraphen der vorliegenden Arbeit ist lediglich die Frage zur Erörterung gelangt, in welcher Weise auf ein zu dem Vermögen einer Gesellschaft gehöriges Hypotheken- und Nießbrauchsrecht Veränderungen der Gesellschaft, teils durch Ein- und Austritt von Mitgliedern, teils durch Umwandlung zu einer Gesellschaft des Handelsrechts, einwirken. Das Hypotheken- und das Nießbrauchsrecht blieb aber stets Bestandteil des Gesellschaftsvermögens derselben Gesellschaft. Die Frage liegt nun nicht fern: was wird aus dem Hypotheken- und dem akzessorisch dazu bestellten Nießbrauchsrecht, wenn die Gesellschaft, sei es als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, sei es als offene Handelsgesellschaft beides auf einen Dritten, entweder ein Einzelindividuum oder wiederum auf eine Gesellschaft, überträgt. Dieser rechtlich interessante und sowohl in der Theorie wie in der Praxis viel erörterte Fall möge zum Schluß einer Betrachtung unterzogen werden.

Die Uebertragung der Hypothekenforderung auf einen Dritten erfordert zunächst nach § 398 des Bürgerlichen Gesetzbuches den Abschluß eines obligatorischen Vertrages zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger. Sodann muß die nach § 873 notwendige dingliche Einigung unter den Parteien vorhanden sein, und schließlich muß im Grundbuche die Umschreibung der Hypothekenforderung auf den neuen Gläubiger in rechtsgültiger Weise erfolgen. Ist diesen Erfordernissen Genüge getan, so ist damit auch die Hypothekenforderung rechtmäßig auf den neuen Gläubiger übergegangen. Der Zessionar der Gesellschaft ist also nunmehr Forderungsberechtigter und Hypothekengläubiger am Grundstück des Schuldners. Es fragt sich jedoch, ob es ebenso unbedenklich zuzulassen ist, daß auch der Nießbrauch, welcher nur akzessorisch zur Sicherung der Hypothekenforderung der Gesellschaft eingeräumt ist, mit der Uebertragung dieser Forderung auf den Zessionar übergeht.

Da der Nießbrauch als unübertragbares und unvererbliches dingliches Recht an die Person des Nießbrauchers gebunden ist, so kann bei

der Uebertragung der Forderung nebst Hypothek dem Zessionar gemäß § 1059 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches zunächst nur die Ausübung des Nießbrauchs überlassen werden, während das Recht selbst der Gesellschaft verbleiben muß. Da aber der Nießbrauch, wie dargelegt, der Gesellschaft lediglich zur Sicherung ihrer Forderung bestellt worden war, so entsteht die Frage, ob jetzt, wo die Forderung der Gesellschaft nicht mehr zusteht, mithin für die Gesellschaft nicht mehr das Bedürfnis einer Forderungssicherung vorhanden ist, der Nießbrauch trotzdem weiter in Gültigkeit bleiben kann, oder ob er mit der Zession der Forderung untergegangen ist.

Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es einer Erörterung darüber, welche Absicht wohl die Parteien bei der Einräumung des Nießbrauchsrechtes gehabt haben. Um der Gesellschaft neben der hypothekarischen Sicherung ihrer Forderung noch eine weitere Sicherheit zu gewähren, wird ihr, wie oben des eingehenden behandelt worden ist, ein Nießbrauch an dem Grundstücke des Schuldners bestellt. Hierdurch erhält sie die Befugnis, dieses Nießbrauchsrecht, abgesehen von der beschränkenden Vorschrift des § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches, in unbegrenzter Weise auszuüben. Indem aber die Einräumung des Nießbrauches lediglich zur vermehrten Sicherung der Hypothekenforderung erfolgt, ist die Absicht der Parteien bei dem Bestellungsgeschäft die gewesen, daß das Nießbrauchsrecht der Gesellschaft nicht für immer zustehen solle, sondern nur solange, als eine zu sichernde Forderung vorhanden ist. Allerdings braucht dieser Wille der Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäftes nicht offen zu Tage zu treten, er ergibt sich bereits aus dem Zwecke der Nießbrauchsbestellung. Die Rechtsstellung, welche die Gesellschaft durch die Einräumung des Nießbrauchsrechtes nach außen hin einnimmt, stimmt also mit der eigentlichen Absicht der Parteien beim Abschlusse des Vertrages nicht überein, sie ist Dritten gegenüber eine viel umfassendere, als sie es im internen Verhältnis der Kontrahenten sein soll, und dasselbe Rechtsgeschäft äußert, je nachdem es sich um die Parteien oder um das Verhältnis zu Fremden handelt, ganz verschiedenartige Wirkungen. Dennoch ist die Nießbrauchsbestellung selbst in gültiger Weise erfolgt. Es hat unter den Parteien die dingliche Einigung stattgefunden, für die Gesellschaft ein Nießbrauchsrecht und zwar ein gültiges Nießbrauchsrecht zu begründen. Der Nießbrauch ist also in vollem Umfange rechtmäßig entstanden, und die Gesellschaft ist in vollem

Umfange Nießbrauchsberechtigte geworden; nur soll sie im Innenverhältnis das ihr eingeräumte Recht in den dem gewollten begrenzten Zweck angemessenen Schranken ausüben. Diese doppelseitige Wirkung der Legitimation des Berechtigten trotz eines an sich gültig abgeschlossenen Vertrages charakterisiert das von der Literatur sogenannte fiduziarische Rechtsgeschäft. Es findet sich dieses Rechtsinstitut bereits im ältesten römischen Recht, in der fiducia, der Eigentumsübertragung zu Pfandzwecken, und ist dann in der Rechtsgeschichte bald mehr bald weniger in den einzelnen Rechten hervorgetreten. Heute kommt es am häufigsten in der Sicherungsübereignung vor.

Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts besteht, wie Goldmann und Lilienthal[1]) von den vielen Versuchen, eine Definition des Begriffes zu geben, m. E. am treffendsten erklären, darin, daß der eigentlich beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg — dies ist hier die Sicherung der Forderung der Gesellschaft — zurückbleibt hinter den gesetzlichen Wirkungen des tatsächlich vorgenommenen Rechtsgeschäfts, im gegebenen Falle der Nießbrauchsbestellung. Denn diese Nießbrauchsbestellung gewährt der Gesellschaft ein uneingeschränktes Nutzungsrecht ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Tilgung der Forderung, der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg war aber nur der, der Gesellschaft, solange ihr die Forderung zustand, eine Sicherung zu verschaffen.

Da also die Parteien etwas anderes wollen, als sie bei Abschluß ihres Vertrages ausführen, so könnte die Frage aufgeworfen werden, ob nicht eine solche Vereinbarung als ein Scheingeschäft anzusehen und aus diesem Grunde das ganze Rechtsgeschäft als nichtig zu betrachten sei.

Dies ist aber m. E. aus dem Grunde nicht möglich, weil die von den Parteien bei Abschluß des Rechtsgeschäfts geäußerte Erklärung garnicht zum Schein abgegeben worden ist. Indem die Parteien der Gesellschaft ein gültiges Nießbrauchsrecht einräumen, wollen sie ja gerade die Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. Simulation heißt aber, das erklärte Geschäft nicht wollen.[2]) Ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung ist in diesem Falle überhaupt nicht vorhanden, sondern allein zwischen dem beschränkten Geschäftszweck und dem seiner Durch-

---

[1]) 1 418.

[2]) So Regelsberger i. ArchZivPrax. 63 171.

führung dienenden unbeschränkten Mittel.[1]) Ein solches Rechtsgeschäft will Kohler[2]) als „verdecktes Rechtsgeschäft" bezeichnen. Seine Definition befindet sich aber keineswegs in Uebereinstimmung mit der Definierung des heutigen bürgerlichen Rechts. Denn dieses bezeichnet als verdecktes Rechtsgeschäft dasjenige Geschäft, welches als ernstlich gewolltes in dem Tatbestand eines von den Parteien zum Schein erklärten Hauptgeschäfts enthalten ist. Es macht also für das Vorhandensein eines verdeckten Rechtsgeschäftes die Voraussetzung des Vorhandenseins eines Scheingeschäfts, während Kohler jenes von den Parteien erklärte Hauptgeschäft verdecktes Rechtsgeschäft nennt.

Man könnte jedoch annehmen, das in der hier betrachteten Nießbrauchsbestellung garnicht ein fiduziarisches, sondern ein unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossenes Rechtsgeschäft vorliege.

Es ist unbedenklich zuzulassen, daß neben den besonderen Endigungsgründen des Nießbrauchs, wie sie z. B. der § 1061 des Bürgerlichen Gesetzbuches gibt, auch die allgemeinen des Eintritts einer Bedingung und Befristung möglich sind.[3])

Eine auflösend bedingte Nießbrauchsbestellung ließe sich aber m. E. nur dann annehmen, wenn die Parteien bei der Einräumung des Rechtes irgendwelche Abreden über die zeitliche Beschränkung der Nießbrauchsdauer getroffen hätten. Es hätte bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts ausdrücklich vereinbart werden müssen, daß der Nießbrauch der Gesellschaft unter der auflösenden Bedingung bestellt wird, daß er bei Tilgung der Forderung erlischt. Derartige Abreden könnten allerdings nur obligatorischer Natur sein und nicht, wie Linkelmann[4]) und im Anschluß an ihn Goltz[5]) annehmen, dinglicher Natur. Diese erblicken nämlich den Unterschied der fiduziarischen und der bedingten Eigentums-

[1]) In diesem Sinne: Oertmann, Allg. T. Anm. 5 zu § 117.

[2]) Hierüber handeln die Ausführungen in JherJahrb. 16, Studien über Mentalreservation und Simulation, § 4 140/41.

[3]) Dies sprechen ausdrücklich aus: Dernburg 3 § 185 4; Crome 3 § 436 II 1 Anm. 26; Staudinger 3 Anm. IV 1 zu § 1030; Biermann aaO. Anm. h zu § 1061; Planck 3 Anm. 1a zu § 1061.

[4]) Die Sicherungsübereignungen, i. ArchBürgR. 7 211.

[5]) Das fiduziarische Rechtsgeschäft, Marburg, 1901. S. 13.

übertragung zu Pfandzwecken darin, daß die zeitliche Beschränkung der Eigentümerstellung dinglich zum Ausdruck kommen müsse. Für den vorliegenden Fall des Nießbrauchsrechtes wäre dies aber deshalb nicht möglich, da dann der Nießbrauch, wenn er nach der Eintragungsbewilligung auflösend bedingt, z. B. bis zur Tilgung der Forderung bestellt werden sollte, wie dargelegt, dem verbotenen Nutzungspfandrecht gleichkäme. Trotzdem können lediglich obligatorische Abreden der Parteien die Nießbrauchsbestellung zu einer bedingten und betagten machen, und zwar schon aus dem Grunde, weil sonst die Bestellung eines bedingten Nießbrauchsrechtes überhaupt nicht erfolgen könnte. Eine auflösend bedingte Nießbrauchsbestellung liegt also dann vor, wenn bei der Einräumung des Rechtes ausdrückliche, wenn auch nur obligatorische Vertragsabreden über die zeitliche Beschränkung der Nießbrauchsdauer stattgefunden haben.[1]) Nimmt man nun eine solche bedingte Nießbrauchsbestellung, z. B. bis zur Tilgung bezw. Uebertragung der Forderung an, so würde diese Bedingung zur Zeit der Uebertragung der Forderung eingetreten sein und das Nießbrauchsrecht, da die Wirkungen des Eintritts der Bedingung dinglicher Natur sind, ipso iure erloschen sein.

Haben aber derartige Vertragsabreden unter den Parteien nicht stattgefunden, so erscheint auch die Annahme einer auflösend bedingten Nießbrauchsbestellung m. E. nicht gerechtfertigt. In einem solchen Falle ist die Nießbrauchsbestellung unbedingt und in dem Vertrauen erfolgt, daß der Nießbraucher, wenn ihm eine Forderung gegen den Schuldner nicht mehr zusteht, auch sein Nießbrauchsrecht an dem Gegenstande aufheben wird. Welches sind nun aber die Folgen, wenn der Fiduziar die ihm durch den Fiduzianten eingeräumte Rechtsstellung mißbraucht?

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, in welcher Weise das Rechtsverhältnis zwischen dem Fiduziar und dem Fiduzianten zu konstruieren ist. Wie bereits im römischen Rechte bei der mancipatio fiduciae causa der Gläubiger durch das obligatorische pactum fiduciae zur Rückübertragung der Sache verpflichtet wurde, so sind auch heute die Wirkungen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte lediglich obligatorische. Der Charakter des zwischen Fiduziant und Fiduziar bestehenden Rechts-

---

[1]) Dieser Ansicht auch Dernburg aaO. 542.

verhältnisses wird in der Regel, so vornehmlich in der Praxis des Reichsgerichts, darin gefunden, daß der Fiduziar zum Fiduzianten in dem Verhältnis eines Beauftragten zum Auftraggeber stehe. Der persönliche Charakter des Auftragsgeschäftes, der durch die Auslegungsregel des § 664 des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Geltung gelangt, würde nun hier, wo es sich um die fiduziarische Bestellung eines an die Person des Berechtigten gebundenen Nießbrauchsrechtes handelt, ganz besonders die Anwendung des § 664 rechtfertigen. Der Beauftragte, hier die Gesellschaft, würde sich also schadensersatzpflichtig machen, wenn er entgegen dem Interesse des Auftraggebers die Ausführung des Auftrags einem anderen übertragen würde. Die rechtliche Stellung der Gesellschaft als Nießbraucherin am Grundstücke des Schuldners ist jedoch nicht eine derartige, daß sie die Annahme eines Auftragsverhältnisses zwischen ihr und dem Schuldner rechtfertigt. Ihr Verhältnis zum Grundstückseigentümer kann m. E. nicht gut dahin aufgefaßt werden, daß sie das Nießbrauchsrecht im Auftrage des Bestellers, des Grundstückseigentümers, ausübt. Allerdings erscheint in den Fällen, die dem Reichsgericht zur Entscheidung vorlagen, die Annahme eines Auftragsverhältnisses durchaus gerechtfertigt, denn es handelt sich dort hauptsächlich um fiduziarische Zessionen von Forderungen, die der Fiduziar nach den Grundsätzen des Auftrags im Interesse des Fiduzianten einzutreiben hat.[1]) Als ferneren Grund für die Nichtannahme eines Auftragsverhältnisses bei der fiduziarischen Nießbrauchsbestellung ist anzuführen, daß die Schadensersatzpflicht des § 664 Bürgerlichen Gesetzbuches nur dann eintritt, wenn der Auftraggeber in Wirklichkeit geschädigt ist, so daß für den Fall, daß der Dritte, dem die Ausführung des Auftrags übertragen ist, im Interesse des Auftraggebers gehandelt hat, dieser die Substitution gelten lassen und die Handlungen des Dritten genehmigen muß, was sich jedoch ebenfalls mit der Natur des Nießbrauchsrechtes schwer in Einklang bringen lassen würde.

Die Uebertragung des Nießbrauchs an die Gesellschaft erfolgt vielmehr allein in dem Vertrauen, daß diese, wenn für sie das Bedürfnis

---

[1]) So bes. das Reichsgericht vom 17. September 1889 in 24 161 ff., vom 23. November 1904 i. JW. 05 S. 43 Nr. 5; ähnlich auch Reichsgericht vom 8. Juni 1896 in 37 S. 107 ff und vom 4. Mai 1897 in 39 167.

einer Sicherung nicht mehr vorliegt, das Recht an den Grundstückseigentümer zurückübertragen werde. Schon dieser Treucharakter des Geschäfts rechtfertigt die Behauptung, daß der Fiduziar nicht die Befugnis hat, die ihm zur Sicherheit übertragenen Werte weiter zu zedieren, und, wenn er die Grenzen des ihm zustehenden Rechtes überschreitet, sich schadenersatzpflichtig macht.[1])

Aus alledem ergibt sich, daß die Beziehungen zwischen Fiduziar und Fiduziant lediglich obligatorischer Natur sind. Auch die Verpflichtung, nach erhaltener Befriedigung das ihm zur Sicherheit seiner Forderung Zugewandte zurückzuerstatten, ist nur eine obligatorische. Diese Ansicht wird in der Theorie und der Praxis fast einstimmig vertreten. So erwähnen dies besonders Dernburg I § 172 III; Crome I § 76 I; Staudinger Anm. VI 4 der Einl. zu § 104; Regelsberger, Pandekten, I 578 und in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, 2 409 § 241 C 1; Goldmann-Lilienthal I 418; Endemann I § 62 4 285; Kohler 2 Teil 1 § 4 V 14; Hallbauer i. Recht 05 635.

Verletzt der Fiduziar die ihm obliegende Verpflichtung durch eine entgegenstehende Verfügung, so besteht zwar ein Schadensersatzanspruch, die Verfügung selbst aber ist voll wirksam, und die fiduziarische Uebertragung bleibt, wie Goldmann und Lilienthal[2]) ausdrücklich hervorheben, solange bestehen, bis Rückübertragung erfolgt ist. In der gleichen Weise beurteilt auch das Reichsgericht die Rechtsfolgen der Nichterfüllung der dem Fiduziar obliegenden Verpflichtung. In der bereits oben erwähnten Entscheidung vom 17. September 1889 führt es für den Fall einer fiduziarischen Forderungszession aus, daß „die zur Sicherheit zedierte Forderung nach Tilgung der Schuld nicht von selbst wie eine verpfändete Forderung erlischt, sondern allein durch Rückzession an den Zedenten". Der Ansicht des Reichsgerichts hat sich auch das Kammergericht in einer Entscheidung vom 28. Februar 1907 in OLGRspr. 15 370 angeschlossen, indem es in einem ähnlichen Falle wie dem vorliegenden zu dem Ergebnis gelangt, daß der Nießbraucher die obligatorische Pflicht habe, das ihm fiduziarisch übertragene Nießbrauchsrecht bei Tilgung der

---

[1]) Die gleiche Ansicht äußert auch Wiedemann für den Fall der fiduziarischen Sicherungsübereignungen i. DJZ. 06 1002.

[2]) DJZ. 02 7 542.

Forderung aufzugeben und in dessen Löschung zu willigen. Hiergegen könnte eingewendet werden, daß nach der Uebertragung der Forderung nebst Hypothek auf einen Dritten die Forderung doch bei diesem Dritten besteht, mithin von einer „Tilgung" der Forderung, die auch ein Aufhören des Nießbrauchsrechtes bewirken soll, nicht zu sprechen sei.

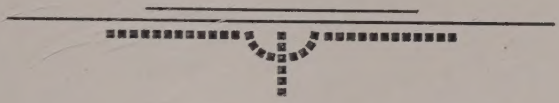
Darauf ist jedoch zu erwidern, daß der Nießbrauch allein der Gesellschaft zur Sicherung ihrer Forderung bestellt worden ist. Jetzt, wo für die Gesellschaft die Notwendigkeit einer solchen Sicherung nicht mehr besteht, der Nießbrauch mithin eines Rechtszweckes entbehrt, würde es sowohl gegen den Treucharakter des fiduziarischen Rechtsgeschäfts wie auch gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des Nießbrauchsrechtes verstoßen, falls ein anderer, wenn auch nur der Ausübungsberechtigte wäre. Denn, wie das Kammergericht ausführt, „der Fiduziar sollte durch den Nießbrauch gesichert werden und ihn als Vertrauensmann des Grundstückseigentümers ausüben, so lange ihm die Hypothek zustand; fremden Interessen aber sollte das Recht nicht dienen".[1])

Die Gesellschaft ist also nach Uebertragung der Forderung nebst Hypothek an einen Dritten obligatorisch verpflichtet, sich auch des Nießbrauchsrechtes zu entäußern und dessen Löschung im Grundbuch zu gestatten.

Welches sind aber die Rechtsfolgen, wenn eine solche Löschung nicht stattfindet, die Gesellschaft sogar außer der Forderung und der Hypothek auch noch den Nießbrauch am Grundstück des Schuldners, allerdings nur der Ausübung nach, auf den Dritten überträgt?

Da die Ueberschreitung der fiduziarisch eingeräumten Rechtsstellung für den Gegner, wie oben betrachtet, allein einen Schadenersatzanspruch rechtfertigt, die Verfügung jedoch an sich rechtswirksam bleibt, so würde eine Uebertragung der Ausübung des Nießbrauchs seitens der Gesellschaft an den Zessionar der Forderung durchaus gültig sein, und der Grundstückseigentümer lediglich einen Schadenersatzanspruch geltend machen können. Keineswegs könnte er jedoch den Einwand erheben, daß bei einem wie hier akzessorisch bestellten Nießbrauchsrechte ein Fortbestand dieses Rechtes nach Zession der Forderung nicht möglich sei.

---

[1]) Auf dem gleichen Standpunkt steht auch Oberneck, 2 82.

Eine solche Fortdauer ist vielmehr sehr wohl zulässig und zwar bis zu dem Zeitpunkte, an dem von seiten des Grundstückseigentümers an die Gesellschaft die Aufforderung zur Abgabe der Löschungsbewilligung ergangen und sodann das Recht im Grundbuch gelöscht ist. Solange aber ein derartiger Vorgang nicht stattgefunden hat, bleibt auch eine Uebertragung des Nießbrauchsrechtes zugleich mit der Hypothekenforderung an einen Dritten rechtsgültig bei Bestand.